

INSTITUCIONES DE CONFIANZA EN LA ORDENACIÓN DE LA SUCESIÓN Y EJECUCIÓN DE ÚLTIMAS VOLUNTADES: EVOLUCIÓN COMPARADA Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

Carlos Jiménez Gallego

Nota de presentación.

El presente trabajo realiza una comparación de las distintas instituciones sucesorias de diversos Ordenamientos en las que prima el dato de la confianza sobre el de la ejecución. Se examina el origen de la institución que sirvió a estos fines en el Derecho romano (el fideicomiso) y a continuación, brevemente, el albaceazgo del Derecho canónico medieval, y los comisarios y herederos de confianza regulados por los Derechos históricos españoles. Se dedica un apartado propio al Derecho histórico de Castilla, debido a presentar éste el más fuerte contraste entre la regulación histórica y la codificada, contraste que hoy se ha reducido, a diferencia de lo ocurrido en otros Derechos de países europeos. Se reseñan a continuación, a los efectos de su comparación, la regulación del Código Civil y de los demás Derechos civiles españoles, con la evolución normativa habida en las últimas décadas, para poner de manifiesto, una vez visto el Derecho histórico, que hay diferencias importantes, pero a nuestro juicio no esenciales, entre los distintos tipos de figuras reguladas por los mismos. Se examinan asimismo las instituciones análogas (y su evolución reciente) de los Derechos de algunos países de la Unión Europea, mucho más escasas y, en los casos admitidos, con una regulación más restrictiva de los efectos de la confianza. Se concluye con un breve comentario sobre la política de la Unión Europea sobre Derecho sucesorio y una reflexión sobre el futuro de las instituciones de confianza en un eventual

contexto de unificación jurídica europea o de preparación para ésta.

Palabras clave: fideicomiso, albacea, herencia de confianza, fiducia sucesoria, poder testatorio, comisario, ejecutor.

Esquema:

I.- Introducción.

II.- Derecho histórico: Derecho romano. Influencia del Derecho canónico. Derecho histórico castellano.

III.- Instituciones del Código Civil.

IV.- Instituciones de los demás Derechos civiles españoles: Cataluña, Mallorca-Menorca, Ibiza-Formentera, Aragón, Navarra, País Vasco (Tierra Llana Vizcaína, Tierra de Ayala, Guipúzcoa) y Galicia.

V.- Panorama de Derecho extranjero: Francia, Italia, Alemania e Inglaterra-Gales. Breve reseña del Derecho de otros países: Austria, Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca.

VI.- Incidencia de la normativa de la Unión Europea. Perspectivas de futuro.

I.- Introducción.

La fiducia o confianza aparece como base de la existencia de ciertas instituciones jurídicas, todas presididas por la lealtad, por la fidelidad a la palabra dada. La fiducia es en primer término algo extrajurídico, que permanece en el ámbito de la conciencia personal. En el mundo jurídico se da cuando una persona concede a otra poderes para que los utilice con el fin que consta en el negocio de fiducia, y queda clara la posibilidad de abuso por parte del fiduciario, dada la sólida posición jurídica de éste, de manera que sólo la fidelidad al pacto por el fiduciario, y no las acciones legales, puede asegurar el cumplimiento.

A grandes rasgos, se han señalado dos tipos de fiducia: la que se da con fines de garantía (*fiducia cum creditore*), que es en beneficio del fiduciario, y la que se da con fines de gestión (*fiducia cum amico*, llamada así porque se da en casos en que hay una relación previa de amistad, o de confianza por razones personales diversas), en interés del fiduciante, que transmite bienes o derechos para que una persona los administre o les dé el destino fijado por aquél, que puede ser el de beneficiar a una tercera persona. En este caso, el campo más importante de aplicación se da en el ámbito sucesorio, tanto en el Derecho histórico como en el actual. La dación de efectos jurídicos a la confianza en el mundo sucesorio ha variado en gran manera con las épocas históricas y de unos Ordenamientos a otros. En general, es la posibilidad del testador o disponente de delegar en personas de su confianza la facultad de disponer u ordenar la herencia o algún aspecto de la misma, ya sea conforme a instrucciones expresas o secretas. A veces ha sido para esquivar prohibiciones legales pero no tiene por qué ser por motivos ilícitos; puede ser por prudencia, por discreción, porque razones diversas aconsejen posponer la decisión de ordenar la sucesión a un momento en que el causante ya no vivirá, para mantener los bienes en una misma familia o por otros motivos.

En este trabajo, vamos a referirnos a las instituciones de confianza en el ámbito sucesorio. No para realizar un estudio pormenorizado de cada una, que exigiría limitarnos a un Ordenamiento y poco más, sino para realizar una comparación entre distintos Ordenamientos de nuestro entorno y tener una perspectiva de pasado y de presente de estas figuras que suministre elementos de juicio para decidir sobre su mantenimiento, su modificación o sobre la conveniencia de algún tipo de unificación que pueda ser auspiciada en un futuro no lejano por la Unión Europea a la vista del aumento de las sucesiones transfronterizas. Por ello, nos limitamos a la tipología, rasgos esenciales y evolución histórica, pues sólo teniendo presente ésta última se entienden las regulaciones actuales y también se relativizan diferencias que a primera vista parecen ocultar un pasado (creemos) bastante “común”.

Comenzamos con una precisión: dado que la confianza puede aparecer en múltiples instituciones, nos referiremos sólo a aquéllas en que el aspecto de la confianza prima sobre los demás. Aun así, se trata de instituciones heterogéneas, en las que el nivel de la confianza concedida no es siempre el mismo, ni en intensidad ni en extensión; figuras con orígenes distintos —en general consuetudinarios—, evolución legislativa accidentada, en las que el uso popular ha tenido una gran incidencia y, por tanto, con grandes diferencias sustantivas.

Hay casos en que tanto la propia existencia de la confianza como su contenido están totalmente ocultos. Es lo que se ha dado en llamar “fiducia plena”. Este caso no va a ser objeto de nuestra atención, porque no produce más efectos jurídicos que los que resultan de la institución aparente (o simulada): todo queda en manos del titular aparente, contra el que nadie puede accionar, y que para conseguir las finalidades encomendadas sólo podrá realizar actos y negocios obrando también aparentemente por cuenta propia.

Pero hay casos en que la confianza se ha protegido jurídicamente.

Un supuesto se da en el caso que se llama usualmente heredero o legatario de confianza, aunque más que en los nombres hay que fijarse en lo que realmente se ha querido, pues este nombre puede englobar situaciones diversas. A veces, el causante nombra heredero o legatario en sentido meramente formal, para que sea éste el que haga público el heredero o legatario que el causante ha querido realmente instituir, pero que no ha querido revelar más que a ese heredero o legatario de confianza. Este, como heredero formal, no puede instituir a la persona que quiera, sino que tiene que atenerse a las instrucciones del testador (aunque esto es jurídicamente inexigible); pero obsérvese que la condición de heredero o legatario de confianza aparece en el título sucesorio, que es lo que diferencia esta figura de la que antes hemos llamado fiducia plena, en que la existencia de la confianza no resulta del testamento sino que es secreta. También puede darse el caso de que el causante quiera que el heredero o legatario aparente nunca revele quién es el beneficiario real, sino que el heredero o legatario aparente sólo pueda cumplir su función realizando negocios jurídicos típicos distintos que no impliquen publicidad de la confianza (es el caso en que se prohíbe la revelación de la confianza). También es posible que el causante dé libertad (en sus instrucciones reservadas) al heredero aparente para que elija sucesor, pero creemos que si no fija unos criterios y todo queda al arbitrio del heredero aparente el supuesto resulta difícil de distinguir de una institución de heredero normal y corriente, pues todo heredero (real) puede disponer de los bienes como quiera. Y podemos reseñar dos figuras próximas pero distintas: cuando el causante nombra un heredero o legatario y quiere que lo sean realmente,

pero con la carga, revelada sólo a éstos, de que determinados bienes o derechos sean adquiridos por terceros (es la institución modal); y cuando el causante nombra un ejecutor testamentario con el encargo de ejecutar, no de instituir, las instrucciones que sólo de forma confidencial le transmita (aquí el cargo es más bien un albacea, universal o particular).

En todos los casos de herencia o legado de confianza hay una titularidad formal, pero el ámbito de actuación del heredero o legatario es muy estrecho: tiene que atenerse a las instrucciones del causante; aunque éste puede haberle dado un cierto margen de decisión. Este último caso nos conduce al segundo grupo de supuestos, que se ha designado con el nombre de “fiducia sucesoria”.

Otro grupo de supuestos, más común que el primero, se da cuando el causante encarga a ciertas personas determinadas decisiones o actuaciones referidas a la sucesión del primero, pero no según instrucciones reservadas; estos encargos pueden ser muy diversos en cuanto a contenido y extensión, pues pueden abarcar desde una auténtica subrogación en la posición jurídica del causante, con posibilidad de tomar decisiones tanto en la esfera patrimonial como en lo personal, hasta actuaciones más o menos determinadas como elegir herederos o legatarios, distribuir bienes en partes iguales o desiguales o cualquier otra que hubiera podido hacer el causante; a veces, estos encargos implican facultades de custodia, de administración y/o de hacer por sí o por terceros la partición; y a veces la confianza va unida a la titularidad de heredero o legatario y otras no va unida a ninguna condición de sucesor.

Las figuras de este grupo de supuestos se refieren a la ejecución, en sentido amplio, de la última voluntad del causante, pero el dato de la confianza prima sobre el de la ejecución pues las posibilidades de actuación del fiduciario abarcan la toma de decisiones que en principio sólo corresponderían al causante. Este gran grupo de figuras suele calificarse, como decimos, con el nombre de fiducia sucesoria, que es poco definitorio, pues hay que ir estudiando cada figura en concreto.

La protección jurídica de la confianza comenzó, en el Derecho que fundó nuestra tradición jurídica, que es el Derecho romano, en casos en que se realizaban encargos a alguien que ostentaba la cualidad de heredero o legatario en sentido no meramente formal (sin entrara ahora a discutir si podía o no considerarse un verdadero propietario) para esquivar determinados requisitos impuestos por el sistema formalista y de figuras legales cerradas que era el viejo *Ius Civile*. Se trata de los fideicomisos, figura ésta que adoptó con el tiempo múltiples variantes, como los fideicomisos puros o de restitución, fideicomisos de sustitución, fideicomisos de residuo, ya fuera con o sin parte de capital garantizado para el último beneficiario, e instituciones preventivas

de residuo. La amplitud de facultades que se podían conceder al primer llamado, especialmente en cuanto a la designación de fideicomisarios o beneficiarios últimos, pudo facilitar el nacimiento o haber hecho más asimilable la figura medieval de origen consuetudinario del “comisario”. Lo mismo podemos decir de la figura del heredero de confianza, un primer ejemplo del cual lo encontramos precisamente en el fideicomiso romano, aunque en la figura medieval de ese nombre hay también influencia de los ejecutores testamentarios y los testigos privilegiados. En todo caso hay que tener en cuenta también la costumbre que pugnó desde antiguo por eliminar rigorismos formales y el auge de la institución del albacea auspiciada por el Derecho canónico medieval, que pudo haber visto aumentadas sus facultades con un cierto poder decisorio en cuanto a la ordenación de la sucesión.

La regulación de los fideicomisos coexistió desde la época medieval con las regulaciones de diversas figuras de fiducia, incluida la herencia de confianza. El Derecho romano al lado del Derecho consuetudinario. No obstante, cuando dejaron de tener sentido las prohibiciones romanas y se reconoció análoga eficacia a legados y fideicomisos, el fideicomiso que prevaleció fue el de sustitución, o sustitución fideicomisaria, aunque ello no quiere decir que desapareciera del todo la figura del fideicomiso de entrega, con o sin plazo. La frontera entre todos estos tipos de figuras (fideicomisos y fiducias) no es nítida; incluso se solapan y en tal caso puede hablarse más bien de dos (o más) regulaciones que persiguen una finalidad parecida y que subsisten porque tienen orígenes históricos distintos.

El fideicomiso subsiste también hoy en España, con las características que luego veremos, aunque desapareció en algunos países europeos con las revoluciones del S. XIX. De esta institución nos va a interesar sólo el aspecto de actuación del primer llamado en cuanto tenga que ejecutar un encargo del causante basado en la confianza y referido a la elección de beneficiarios o distribución del patrimonio entre éstos.

Finalmente, también son instituciones de confianza los albaceas y contadores partidores. Ambas son figuras de alcance más limitado, pues la ejecución de la voluntad testamentaria prima sobre la confianza, pero a veces la distinción entre institución/disposición y ejecución/partición no es nítida por lo que, sobre todo los albaceas, pueden llegar a tener un ámbito de decisión o una duración tan larga en el cargo que permite también calificarlos como instituciones de confianza. Ello, sin perjuicio de que la figura del albacea con amplias facultades puede haber sido el precedente (o al menos haber influido, al igual que el fideicomiso romano) de la figura del comisario.

La unificación entre todos estos supuestos se produce, como decimos, debido a la nota característica de la confianza, desprovista en un primer

momento de efectos jurídicos, pero que con el tiempo consiguió en algunos casos un cierto reconocimiento del Derecho, aunque sin hacer desaparecer aquélla.

El análisis histórico demuestra que en esta materia la voluntad de los particulares ha ido por delante del Derecho. Muchas veces han nacido contra legem, como reacción contra el formalismo y requisitos de fondo del Derecho.

Esta evolución la vemos ya en el Derecho romano.

II.- Derecho histórico.

El Derecho romano.

En el Derecho romano nos encontramos con una prohibición general de dejar la designación de heredero y la ordenación de la sucesión mortis causa al arbitrio de un tercero. Esta regla aparece en D. 28,5,32: “nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere”.

Esta imposibilidad de encomendar a un tercero la elección de un heredero para el causante habría sido la consecuencia de la propia forma del testamento. Los efectos del testamento sólo se producían si se observaban correctamente todas las estrictas y rigurosas formalidades rituales, y una parte esencial de esto era que la institución de heredero tenía que aparecer en el mismo testamento como forma de ser de éste. Algunos pandectistas del s. XIX justificaron la prohibición romana alegando que la última voluntad de una persona no podría hacerse depender del arbitrio de otra persona; pero esta explicación, que casa bien con teorías de política jurídica del S. XIX, es difícil de conciliar con las reglas recogidas en las fuentes que permiten esa actuación de un tercero en determinados legados y de manera más general en lo que se denominó “fideicomiso”.

Y es que en tiempos de la República nos encontramos con disposiciones de última voluntad a título universal o particular expresada en forma de ruego dirigido al heredero o en general a quien por Ley o por testamento suceda al causante. Intentar precisar por qué ocurría esto es importante a efectos de este trabajo.

Con este ruego se utilizaba la persona del sucesor como “vía” para que determinados bienes fueran adquiridos por un tercero que no podía legalmente suceder o bien no convenía o el causante no quería que adquiriese hasta un momento determinado, o bien no se podía o no se quería usar el “corsé” de los legados. Como se ve, se trataba de lograr resultados que no se habrían podido conseguir por el Ius civile. La persona del fiduciario se

interponía así entre el causante y el beneficiario último y, dotada del título de heredero, quedaba investida de un poder que dejaba en sus manos el cumplimiento de la voluntad del testador. Estos ruegos no requerían una forma especial, aunque a veces se reforzaban con juramentos o con cláusulas penales, y se podían hacer al final de un testamento o bien en un documento independiente, al que se da el nombre, ya que era siempre escrito, de codicilo. Alvaro D'Ors dice que fiduciario puede ser no sólo el heredero testamentario sino el heredero intestado, un legatario, otro fideicomisario, un donatario mortis causa o todo el que lucra una mortis causa capio; en definitiva, cualquiera que, sobreviviendo al causante, reciba algo de él¹. La ejecución quedaba, como decimos, a la buena fe de quien recibía el encargo, contra quien el beneficiado carecía de actio y de ahí los nombres de fiduciario y fideicomisario. Como dicen las Instituta (2, 23, 1) “en los primeros tiempos eran nulos todos los fideicomisos, porque nadie era obligado contra su voluntad a cumplir aquello que se le había rogado”. D'Ors cita el caso de los extranjeros (que no podían recibir legados), el intento de soslayar las limitaciones de las Leyes Furia (que prohibió adquirir por legado más de mil ases) y Voconia (que prohibió a los cives inscritos en la 1ª clase del censo, o sea, a los más ricos, instituir herederos a mujeres), de las leyes caducarias (que declararon incapaces de adquirir a los célibes y a los casados sin hijos), o para dejar liberalidades a ciudades o a personas inciertas². También se usó para que el fiduciario realizara actos que no estaban prohibidos, y que el fideicomitente podía hacer pero quería o le convenía posponer, por ejemplo, manumitir a un esclavo, dotar a hijas o simplemente para ejecutar legados cuya ejecución no cupiera en los estrictos moldes del *Ius civile*. Los fideicomisos introducidos por costumbre antigua tenían ya el asentimiento público a fines de la República, las personas honradas no se negaban a su cumplimiento, por lo que el reconocimiento por el Derecho que llegó poco después no hizo más que conformarse a la opinión general.

Llegó un momento, en la época de Augusto, en que, al menos en la conciencia de los juristas, se consideró insuficiente la mera obligación moral que pesaba sobre el encargado de la ejecución y se admitió que el beneficiado (*fideicommissarius*), en los casos en que la falta a la confianza del ordenante fuera especialmente reprobable, pudiera usar el procedimiento de la *cognitio extra ordinem* –por tanto, no una *actio ex jure civile*– para obligar al fiduciario al cumplimiento del encargo. En tiempos de Claudio, la *cognitio* se daba en todos los casos de fideicomiso que no pretendían burlar una Ley (el ruego se había convertido ya en precepto), aunque en el remedio mismo de

1 - Alvaro D'Ors, op. cit., página 389.

2 - Alvaro D'Ors, op. cit., página 388.

la *cognitio* radicaba la diferencia con la acción que daba el *Ius civile* para ejecutar los legados: en este caso se trataba de medios legales perfeccionados, mientras que en la *cognitio* se daba un margen más o menos amplio a la discrecionalidad del magistrado, pues la *actio cognitoria* sigue el modelo de las acciones de buena fe. Por ello, el recurso al *fideicommissum* se daba cuando se trataba de algo que no podía obtenerse ordenando un legado. En todo caso, su práctica se hizo muy general y por ello diversas reglas de los legados les fueron aplicadas: en cuanto a validez y adquisición, se siguieron las reglas del legado *per damnationem* (aunque sin *regula catoniana* que convalidara los legados inicialmente nulos y sin *jus adcrendi*). Desde la época de Vespasiano se les extendieron las leyes caducarias y se dio al fiduciario una cuarta (SC Pegasiano).

Desde la época clásica el fideicomiso que predominó, según Arangio-Ruiz, fue el referido a toda la herencia o cuotas de la misma, como ruego al heredero para transmitirlo a determinadas personas: a veces, en casos en que no se podía legalmente, por ejemplo a mujeres sin el límite de la *Lex Voconia*, a *furiosi*, o a latinos (en cuyo caso no había *actio*) y otras veces a no nacidos o aún no concebidos. También se usó para que hiciera tránsito a otra persona lo que quedare de la herencia, de forma que el fiduciario pudiera disponer según el *arbitrium boni viri* (Justiniano fijó que el fideicomisario debía recibir en estos casos al menos una cuarta)³. En cambio, el fideicomiso de familia, para conservar bienes durante cierto tiempo en una familia, atribuyéndolos a una persona de cada generación para que los transmita a la siguiente, que es lo que hoy propiamente llamamos sustitución fideicomisaria, sólo empezó a usarse de manera significativa en la época medieval. En todo caso, en la época clásica sólo se admitió el límite de dos generaciones (los agnados que vivían a la muerte del testador y los hijos de aquéllos), que parece que Justiniano derogó (D. 31, 32, 6) si bien la *Novella* 159 permitió que el fideicomiso valiese (sólo) hasta la cuarta generación.

La evolución hacia la libertad de forma de los legados culminó en la *Compilación de Justiniano*, en la que legados y fideicomisos particulares están equiparados en cuanto a la ejecución (D, 30, 1: “*Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*”), aunque la equiparación no era total en el fideicomiso universal. Y así paso al *Jus Commune*. Es decir, la confianza que se ponía en el tercero fue sustituida por la protección jurídica. Pero no en todos los casos; sólo en aquellos que había fines no contrarios a las Leyes, pues el Derecho no dio su protección a fideicomisos en fraude de Ley. En estos casos, la práctica recurrió a fideicomisos convenidos secretamente entre fideicomitente y el futuro heredero. Sabemos que esto se intentaba, al

3 - Arangio Ruiz, op. cit, páginas 647-650.

menos, respecto de las leyes caducarias, pues un Senado Consulto Planciano declaró nulos tales fideicomisos y privó al heredero que los cumplía de la cuarta y del derecho a los legados caducos.

Hasta aquí hemos visto que la confianza se depositaba en alguien a quien se le confería el título de heredero (o legatario), y lo era en sentido no meramente formal, pues aun en el caso de tener que restituir todo el patrimonio a un tercero se producían en él efectos jurídicos. También hemos visto que el ámbito de actuación de ese heredero (fiduciario) no es demasiado amplio, pues ha de seguir las instrucciones del causante, expresas en el título sucesorio, que no podían contravenir ninguna Ley para poder ser cumplidas. Las instrucciones reservadas, que se siguieron dando en la práctica (un texto de D, 33, 4, 14 atribuido a Mucius Scaevola, relata el caso de instrucciones dadas a un tercero a quien parece que no se designa heredero ni legatario) no sabemos bien qué grado de respaldo jurídico tenían.

La confianza depositada en el fiduciario encontró también el reconocimiento del Derecho, y con gran amplitud, en cuanto a la elección de fideicomisarios. Quizá al ser el fiduciario un heres, se había eliminado el problema formal que impedía la actuación de alguien distinto del testador. Citamos cuatro casos del Digesto que la admiten con gran amplitud: D. 31, 67 in principio: el heredero debe elegir a uno de la familia por causa del fideicomiso dejado a su cargo para cuando muera. D. 31, 77, 4: se había rogado a un hijo que cuando muriese, restituyese la herencia a sus hijos o al que de ellos hubiere querido, y en ese caso la facultad de elegir no se extinguió por haber sido deportado el primero a una isla. D. 31, 77, 25: admite la cláusula: Rogo, filia, bona tua quandoque distribuas liberis tuis, ut quisque de te meruerit, pero si no hubo elección heredarán todos los hijos, salvo los que hubieran ofendido a su madre. Y D. 34, 5, 7: cuando habiendo instituido varios herederos hubiese encomendado a la fidelidad de uno solo que, cuando muriese, restituyera a uno de los coherederos, al que él quisiera, la parte de herencia que hubiese ido a poder de él, es muy cierto que el fideicomiso es válido; o sea, hay orden de restituir y confianza en cuanto a la elección de beneficiario.

En materia de legados, las fuentes citan varios casos de delegación de confianza. Se permitió que el propio legado pudiera dejarse al arbitrio de otra persona: D, 31, 1, 1: "In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest" porque qué importa que se me legue "si Ticio subiera al Capitolio" o "si Ticio quisiera"; D, 30, 43, 2: "Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest" y D. 31, 16: se puede dejar un legado a dos personas para que el heredero elija a una de ellas.

En cambio, el Derecho romano no conoció la institución del albacea. Se

dice que hay algún punto de apoyo en las fuentes, por ejemplo en C. 3,28,1, pero este pasaje realmente sólo cita a herederos, fideicomisarios y legatarios. Habrá que suponer que los legados y fideicomisos romanos (en sus diversas modalidades) fueron un cauce jurídico suficiente para atender las necesidades prácticas que se fueron planteando. En la Edad Media, si embargo, el Derecho canónico favoreció el nacimiento y proliferación de un cargo sucesorio específicamente encargado de supervisar la ejecución de las últimas voluntades.

Influencia del Derecho canónico.

Las funciones de terceras personas en el ámbito sucesorio recibieron un fuerte impulso por el Derecho canónico medieval, que se ocupó entre otras cosas de los testamentos para establecer un cauce jurídico seguro para las disposiciones ad pias causas, especialmente desde el s. XII. Promovió el testamento, pero relajó las formalidades romanas (en extremos que ahora no interesan) pues no le interesaba especialmente la institución de heredero y sí, en cambio, permitir otorgamientos hasta el último momento de la vida.

Lo que aquí nos interesa es que en relación a las disposiciones pro salute anima, reguló y fomentó el nombramiento de albaceas. Esta figura llenó un vacío del *Ius Civile*, para responder a una situación que antiguamente no mereció apoyo del Derecho, pues el cumplimiento de la última voluntad era obligación de los herederos y no hizo falta crear otras figuras jurídicas. La nueva situación fue la generalización de los legados pios y benéficos y el interés de la Iglesia porque se cumplieran (y ello, lo antes posible). Se ha dicho (Helmut Coing) que en la forma que la figura del albacea aparece en el *Ius Commune* (desde el s. XV) es un producto del Derecho canónico⁴. Sin embargo, no hubo una regulación general. Las colecciones de Decretales (de 1234) contenían algunas disposiciones particulares. También una de las Clementinas (de 1317) se refiere a la rendición de cuentas. En el *Ius Civile* no había ninguna regulación. Los detalles debieron ser elaborados por la doctrina y los prácticos. Debido al influjo de la Iglesia fue una figura jurídica común al Continente y a Inglaterra, y fue muy utilizada en uno y otro, aunque la evolución histórica le ha dado en este último país mucha mayor importancia práctica y más extensión de facultades. En Inglaterra desde el s. XIII el albacea es el representante del heredero y puede cobrar créditos de la herencia y pagar sus deudas. Los Derechos municipales también lo regularon (en todos los países occidentales) pero parece que se desarrolló sobre todo en la práctica cautelar. Era rasgo común la brevedad para el ejercicio de sus funciones, en general inferior a un año; pasado el plazo el

4 - Helmut Coing, op.cit., tomo I, página 751.

cometido pasaba al Obispo, que en todo momento tenía la obligación de vigilar el cumplimiento de las pías voluntades y al que los ejecutores tenían que rendir cuentas acabada su función, así como comunicar la recepción confidencial de bienes, lo que revela que se usaba también la figura del fideicomiso tácito, al menos particular. Estas reglas pasaron, por cierto, al CIC de 1917 (cánones 1515 y ss) y es básicamente la regulación también contenida en el CIC vigente de 1983 (cánones 1299 a 1302). Tras la Edad Media, en el Derecho común del Antiguo Régimen parece que se usó para finalidades distintas de las piae causa, aunque sobre esto hay cierto debate, y en todo caso su uso fue decayendo. Pero en la Edad Media había albaceas universales (que tenían prácticamente los derechos del heredero) y albaceas especiales y recibían diversos nombres, como distributor, minister, gardiator, dispensator o commissarius (“el que recibe un encargo”). De todas formas, su función no era decidir por el causante sino ejecutar su testamento y/o administrar la herencia, salvo en algunos Derechos, como el castellano, en que el albacea podía incluso testar por el causante, aunque aquí quizá también haya que ver influencias de los Derechos de los pueblos germánicos.

La Decretal “Cum tibi” del título “De testamentis” del Corpus Iuris Canonici, acepta la delegación a un tercero de la elección de heredero: “qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus”, aunque se discutió en la doctrina posterior el alcance de esta cláusula, pues era una respuesta del Papa a una cuestión particular y en la exposición de motivos de la misma se dictaminó que los bienes de los que morían en caso de la consulta debían invertirse en obras piadosas. En vez de un testamento por comisario parece más bien un caso de ejecución de una última voluntad con relativa indeterminación de los beneficiarios. La doctrina dominante limitó esta Decretal a las piae causae y no aceptó que el Derecho romano hubiera sido derogado en general en esta materia. Por tanto, podemos decir que fuera de la figura del albaceazgo, aunque las facultades de éste pudieron llegar a ser casi todas las de un heredero, el Ius Canonicum no conoció la actuación fiduciaria de terceros en la sucesión mortis causa.

Y si en este punto recapitulamos un poco, podemos decir que el Ius Commune suministró las figuras jurídicas de fideicomisos expresos, admitidos éstos si el fin no era ilícito, incluso con la facultad del fiduciario de designar fideicomisarios (todo ello ex Iure Civile) y de albaceas (ex Iure Canonico) para supervisar y acelerar la ejecución de las últimas voluntades, aun con amplias facultades, pero no para nombrar herederos ni en general ordenar la sucesión en lugar del causante. Sin embargo, desde al menos el s. X, en los Estados del Occidente Europeo se dio a veces eficacia jurídica a actuaciones de terceros que el Jus Commune no admitía: facultades para ordenar toda o parte de la sucesión sin tener el título de heredero o legatario, incluso para

designar un heres o revocar el testamento del causante, y en algunos casos, fiducias secretas en cuanto al contenido (no en cuanto a su existencia, pues éstas nunca fueron reguladas). Ello ocurrió por ejemplo, aunque hoy quizá sorprenda, en el Derecho histórico castellano.

Derecho histórico castellano.

El poder testatorio.

Helmut Coing mantiene que el Derecho castellano antiguo permitió conceder a los albaceas (commisarii) la facultad de otorgar testamento en lugar del testador⁵. De su comentario parece deducirse que esta posibilidad sirvió originariamente ad pias causas, y por tanto habrá que entenderla en ese contexto.

Seguramente estas afirmaciones sólo tratan de explicar el origen de la institución, pues la práctica de la que nos han llegado noticias, en un momento temporal en que la institución estaba ya plenamente desarrollada, es que las facultades encomendadas a terceros eran para designar heredero y/o distribuir bienes entre los herederos, y que esto realmente se hacía en la práctica, de forma que el cumplimiento de las piae dispositiones no era, ni mucho menos, lo más importante. En realidad, de todas las obras que hemos consultado tenemos la impresión de que no se sabe con certeza cuál es el origen de esta figura, y seguramente hay que invocar más de una procedencia. Hay consenso en que no parece que naciera de Fueros o Leyes, sino de la costumbre, más o menos tolerada en un principio y con el tiempo admitida y regulado en diversos fueros municipales. Su “caldo de cultivo” serían los fideicomisos, los albaceas y seguramente también los ejecutores conocidos en los antiguos Derechos germánicos con el nombre de Salmann u otros, que eran personas que, en Derechos en los que no se conocía el testamento y los bienes se adquirían automáticamente por la familia según un orden preestablecido, se interponían entre el causante y los familiares, para adjudicar bienes a personas determinadas. También hay que tener en cuenta la amplitud que algunos Ordenamientos dieron a los derechos del cónyuge sobreviviente, especialmente en usufructo universal o por la vía de sociedades de ganancias matrimoniales, con el fin de otorgar al sobreviviente un poder de regencia de la familia y en los que no desencajaban facultades para distribuir bienes al buen arbitrio del padre o madre y desigualar a los descendientes.

Nos limitaremos a citar las Leyes de alcance general.

5 - Helmut Coing, op. cit., tomo I, página 752.

El Fuero Real, promulgado por el Rey Alfonso X (hacia la mitad del s. XIII) parece que es la primera Ordenación de carácter general que recoge una institución de esta naturaleza (el comisario). Un texto anterior, de carácter general, como el Fuero Viejo de Castilla, no contempla ninguna de las figuras sucesorias que estamos tratando. El Fuero Real se ha considerado por los historiadores un texto respetuoso con las costumbres jurídicas del pueblo castellano. No obstante, su vigencia inicial fue problemática fuera de los tribunales de la Corte, porque pretendía imponerse a los fueros municipales y encontró una tenaz resistencia; se fue dando poco a poco como Fuero a diversos municipios, con el fin de evitar tanta dispersión normativa y privilegios. El título V del libro III se refiere a las mandas y el título VI a las herencias. Hay una ley, sólo una, que es la 6ª del libro V que admite la delegación sucesoria en las mandas, con gran amplitud: “Si alguno non quisiere o non pudiere ordenar por sí la manda que hiciere de sus cosas, e dier su poder a otre, que él que la ordene e la dé en aquellos logares onde el toviere por bien, puedalo facer, e lo que él ordenare o diere, vala asi como si la ordenase aquel que dio el poder”. Esta delegación no se contempla en caso de herencia.

Comentando esta figura, Benito Gutiérrez (en su obra *Códigos*, de 1863), a quien no le gustaba, dijo “admitiela el derecho español conformándose con alguna antigua práctica, o quizá por haber creído que no había diferencia entre esta y cualquier otra comisión” ⁶.

La delegación debía ser muy practicada. El mismo Benito Gutiérrez dice que Covarrubias, entre otros autores de la época, aceptaba (para el ámbito del *Ius Commune*) sin mayores problemas la cláusula, que daba a entender que era usual, “*melioro unum de filiis meis, quem mea uxor elegerit*”. En todo caso aquí se trataba en este caso de una elección entre sujetos pertenecientes a una clase determinada.

Pocos años después del Fuero Real, sin embargo, las Partidas recogieron un criterio más restrictivo. Esta obra ha sido siempre de vigencia discutida y se ha considerado una Ordenación basada en el Derecho romano y no en las costumbres jurídicas del pueblo, lo que debió ser la causa de la duradera oposición que encontró su aplicación. Se dice que no tuvo vigencia hasta el Ordenamiento de Alcalá (año 1348), que la colocó, en el orden de prelación de fuentes, detrás del Fuero Real. La Partida VI, que contiene la regulación de testamentos y herencias, dedica su título III a “como deven ser establecidos los herederos en los testamentos”. La ley 11 de este título dice “declarar debe e nombrar el fazedor del testamento por si mismo el nombre de aquel que estableciese por heredero, ca si el otorgase poder a otro que lo estableciese

6 - Benito Gutiérrez, op. cit., volumen III, página 204.

en su lugar no valdrie maguer dixiese asi aquel sea mi heredero que fulano quisiere o estableciere por mi que lo sea. Esto es porque el establecimiento del heredero e de las mandas no debe ser puesto en alvedrio de otro. Pero sy alguno rogase el testador que fiziese su heredero a otro nombrandolo sy el que fizo el testamento quiere caber su ruego e lo estableciere por su heredero valdra”. Como “Adicion” a esta ley se copia la Ley antes citada del Fuero Real. Del primer inciso transcrito resulta la prohibición de delegar la institución de heredero.

En materia de legados hay algunas normas interpretativas de legados en la ley 28 del título 9 Part. 6, que parecen admitir una delegación a un tercero. También hay que tener en cuenta la ley 8 del tít. 3º Part. 6ª, sobre reserva de designar el heredero en codicilo, pero esto exigía la previa reserva en el testamento y en todo caso no se contemplaba la delegación a un tercero.

Las Leyes de Toro (de 1505, época en que el poder real estaba mucho más consolidado) contienen una interesante y amplia regulación del poder testatorio en las Leyes XXXI a XXXIX, que puede resumirse así: La ley 31 dice “porque muchas veces acaece que algunos porque no pueden, o porque no quieren facer sus testamentos, dan poder a otros que los fagan por ellos, y los tales comisarios facen muchos fraudes y engaños con los tales poderes” y para evitarlo, dispone que el comisario no pueda “hacer herederos en los bienes del testador, ni mejoría del tercio ni del quinto, desheredar a ninguno de los hijos o descendientes del testador, ni les pueda sustituir vulgar ni pupillar, ni ejemplarmente, ni hacerles substitucion alguna de cualquier calidad que sea, ni se pueda dar tutor a ninguno de los hijos, o descendientes del testador salvo si el que le dio el tal poder para hacer testamento, especialmente le dio el poder para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera el poder para hacer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre a quien mando el comisario haga heredero, y en quanto á las otras cosas señalando para que da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dio el poder señalo y mando y no mas”.

Sobre el alcance de la delegación hubo polémica doctrinal. Benito Gutiérrez menciona que algún autor (Tello Fernández) admitió la elección de persona mejorada sin expresa designación por el testador y que Gómez había dicho que no vale la cláusula por la que se dé a otro la facultad de instituir heredero (o nombrar legatario) a quien le parezca, o a determinada persona que se mencione por el testador pero bajo la condición “si quisiere esta o esotra persona”. Sí es posible la “elección de persona incierta de ciertas”⁷. La mayoría parece que se inclinó por la postura restrictiva: el heredero tenía que ser designado por el testador, pero el comisario podía designar beneficiarios de

7 - Benito Gutiérrez, op.cit., volumen III, páginas 206-207.

mejoras y sustituciones entre los designados colectivamente por el testador. La mujer puede ser comisaria y no pierde el cargo por contraer segundas nupcias, pero sí por vivir lujuriosamente. El comisario no puede subdelegar en ningún caso.

La Ley 32 dispuso que si el testador no hizo heredero ni dio poder al comisario para que lo hiciera, la función del comisario consistiría en pagar las deudas del difunto, distribuir el quinto a favor del alma del testador y el remanente sería adquirido por los parientes abintestato.

La Ley 33 fijó los plazos de actuación del comisario: 4 meses si estaba en la localidad donde se le dio el poder, 6 meses si no estaba en tal lugar, pero sí dentro del reino, y un año si estaba fuera del reino. Si pasaban los plazos, el comisario no podía actuar y la herencia se distribuía entre los parientes abintestato, con la excepción de lo que “el testador le mando señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero, o señalando cierta cosa que avia de hacer el tal comisario”, pues esto debía cumplirse. Se discutió entre los autores de la época si el testador podía ampliar estos plazos, igual que podía ampliar el plazo a los albaceas y ejecutores testamentarios (que era de un año). Benito Gutiérrez (en su obra citada, al comentar esta Ley 33) no comprendía bien esta postura (que ayudaba a perpetuar incertidumbres), pero reconocía que era la opinión doctrinal mayoritaria.

El comisario no podía revocar ni en todo ni en parte el testamento que el testador había hecho, salvo si el testador especialmente le dio poder para ello (ley 34). Tampoco podía el comisario revocar ni modificar el testamento que hubiere otorgado para cumplir el encargo (ley 35). Se entendió que al otorgar el comisario testamento (por el causante), caduca la facultad que se le había encomendado, “a ejemplo del Juez que, pronunciada su sentencia definitiva, no la puede revocar, alterar o mudar en parte alguna”.

La ley 38 dispuso que si el testador nombró varios comisarios, valdrá lo que decidan por mayoría. Y si ésta no puede alcanzarse, decida el Alcalde como tercero (u otras Autoridades que la Ley fija).

Finalmente la ley 39 exigió forma pública al poder testatorio: “intervenga la solemnidad del escribano y testigos que según las leyes de nuestros reynos han de intervenir en los testamentos, y de otra manera no valgan ni hagan fe los dichos poderes”.

Todas estas disposiciones fueron recogidas íntegramente en la Nueva Recopilación (año 1565): libro V, título IV, leyes 5 a 13 (inclusive) y de ahí pasaron a la Novísima Recopilación (año 1805), que las reprodujo en su título XIX del libro X.

Por otro lado, el título V de la Partida VI (que luego pasó a las dos Recopilaciones) admite la sustitución fideicomisaria, que define como el llamamiento de heredero a alguien con el ruego de que la herencia que le deja la tenga tanto tiempo y que después la entregue a otro (ley 14). El fiduciario, a diferencia del comisario, es realmente un heredero o legatario, por lo que estas figuras responden a intereses distintos y son perfectamente compatibles. El texto no menciona si el heredero fiduciario puede designar fideicomisarios. Pero esto lo admitía el Jus Commune, por lo que la utilización de esta figura tenía apoyo legal en los casos en que se podía recurrir a dicho Derecho. La regulación de las Partidas es muy escueta, no parece distinguir bien entre fideicomiso y sustitución fideicomisaria y revela que probablemente no tenía vigencia práctica. Creemos que muchos de sus fines prácticos se podían lograr utilizando otras vías más usuales en aquel momento: las facultades de elección podían encomendarse a otro utilizando el poder testatorio y las vinculaciones de bienes se realizaron con los mayorazgos.

Las cláusulas de confianza secretas las encontramos en cambio citadas, para prohibirlas, en el título VII de la misma Partida VI, cuya ley 13 lleva por título “porque razon deven perder los herederos la herencia que devian aver” y cuyo n° 6 dice “quando el testador rogase al heredero en poridad (o sea, en secreto) que diese aquella heredad en que le estableciese a alguno su hijo, o a otro que no lo podia heredar porque le era defendido por la ley. Ca si el heredero cunpliese tal ruego o mandamiento del testador e la entregase al otro perderia por ende el derecho que avia en la heredad”. Una prohibición análoga se contenía en el Fuero Real. La consecuencia por tanto era la nulidad de toda la institución, no del llamamiento prohibido.

De esta regla se dedujo que no era nulo el encargo al heredero para entregar la herencia a personas determinadas, siempre que tal encargo no se hiciera en secreto y los beneficiarios fuesen personas con capacidad para heredar. Pero es que en tal caso nos encontraríamos ante un fideicomiso, incluso en el supuesto de que el primer llamado pudiera designar a los fideicomisarios. Resaltamos esto último: si el primer llamado es un sucesor real, parece admitirse la fiducia sin problemas.

Hasta el CC se conocían y aplicaban los fideicomisos en estos términos; o sea, existencia pública de la confianza y beneficiarios no prohibidos por la Ley. Llama la atención porque en el caso del poder testatorio se reaccionó contra la concesión de excesivas facultades a los comisarios. La jurisprudencia, en cambio, parece que admitió la validez de cláusulas de confianza que iban más allá de lo permitido literalmente por la Ley, por lo que debía ser práctica arraigada. Citamos algunos ejemplos: “Al heredero de confianza relevado por el testador de dar cuentas, nadie puede pedírselas, porque se iría contra la voluntad del testador” (STS 21.04.1860); “Segregados de la masa

común los bienes de la dotación de un fideicomiso de confianza, y entregados al heredero fiduciario, este queda desde el momento autorizado para disponer de ellos de la manera que mejor le pareciese para llenar su cometido, sin que sea dado a los albaceas ni a nadie residenciar sus operaciones” (STS 27.09.1861); y en especial es interesante la siguiente decisión: “La Ley 14 tít V de la Part. VI, cuyo objeto es definir y autorizar la sustitución fideicomisaria, si bien supone la existencia de dos personas, una que tiene la comisión o encargo de entregar la herencia, y otra el derecho de recibirla, no prohíbe que la designación de la segunda sea confidencial: la práctica y la jurisprudencia han autorizado que su designación se haga, ora en cédulas o papeles reservados, ora a la misma persona a quien se da la comisión” (STS 26.06.1862).

La figura del albacea también fue conocida y regulada en el Derecho de Castilla. La primera regulación general apareció en el lib 3, tít 5 del Fuero Real. Se reconoce que tienen la misión de cumplir los legados, pudiendo vender bienes de la herencia si fuere preciso, pero en caso de oposición de los herederos habría que esperar a la decisión de si la manda es o no válida. También se dice que si no aceptan el cargo pierden lo que el testador les dejó, pero si lo aceptan, están obligados a cumplirlo. Las Partidas la regularon en el tít 10 Part. VI. La ley 2 dice que los testamentarios deben actuar “en la manera que los fazedores de los testamentos lo ordenaren”. Han de dar cumplimiento a la voluntad del testador en el plazo señalado por éste y en su defecto en el plazo máximo de un año desde la muerte del testador. Si hay más de uno es válido lo que decida la mayoría. Si son remisos en cumplir su obligación, sean apremiados por el Obispo y, no obedeciendo, deben nombrarse otros albaceas.

Como se ve, es una regulación basada en el Derecho canónico, que fue aceptada sin problemas en la Codificación del s. XIX, aunque en esta época la figura del albacea había decaído en la práctica.

En resumen, hemos visto admitidos: un poder testatorio que se fue intentando limitar en extensión por la Ley (lo cual revela que por costumbre era amplísimo) hasta exigir la designación de heredero por el testador, pero permitiendo al comisario elegir beneficiarios de mejoras y sustituciones entre los designados colectivamente por el testador; un fideicomiso con escasa regulación, que permitía la aplicación por los juristas de las reglas del Ius Commune, con posible elección de fideicomisarios, e incluso admitiéndose por el TS que el encargo de la elección pudiera realizarse de manera confidencial; y un albaceazgo modelado por el Derecho canónico, principalmente orientado a la ejecución de las piae disposiciones.

La extensa reseña que se acaba de hacer a estas figuras es principalmente

para poner de relieve la amplitud con que fueron admitidas, su arraigo, y el contraste con lo que vino después.

El ambiente doctrinal previo a la codificación.

Una reacción contra los excesos del poder testatorio se produjo en los distintos Reinos de Europa Occidental en la última época del *Ius Commune*, cuando ya los distintos Derechos nacionales aspiraban a relegar a éste. La preocupación de los juristas se encaminaba entonces a evitar que el testador otorgase testamentos que no estuvieran basados en su libre voluntad. Un aspecto de esto era que el testador tenía que expresar su voluntad personalmente. La delegación a un tercero de la formación de la voluntad del testador no era posible en la mayoría de las regiones de Europa en la última época del Antiguo Régimen. Esto se unió a las tesis doctrinales que enfatizaban la voluntad personal y preparó la fuerte reacción de los Códigos contra las instituciones fiduciarias. La pandectística alemana (Windscheid, aun comentando el pasaje de D. 28,5,32)⁸ admitía dejar a un tercero la elección entre un círculo determinado de personas siguiendo unos criterios comprobables, pero poco más. Por otro lado, la política de combatir las manos muertas y vinculaciones vio con disfavor los fideicomisos de todo tipo (no sólo las sustituciones fideicomisarias familiares) y fue preparando asimismo una gran reacción legislativa en su contra. Todo esto se vio como una racionalización del Derecho y recibió del *jusnaturalismo* del s. XVIII una imponente legitimación que se hizo en gran medida efectiva en el momento de la codificación.

En España el poder testatorio también había caído en desgracia para la mayoría de juristas castellanos. Se estimaba que proteger la voluntad del testador significaba declararla inalienable e indivisible. Benito Gutiérrez, en su obra “Códigos” dice “apenas es defendible la institución del comisario tanto desde el punto de vista de la conveniencia (por los fraudes y abusos: “¡Cuántos no serían los abusos y fraudes de esa autorización cuando el legislador dicta para precaverlos nada menos que nueve leyes!”) como de la justicia. La voluntad es inalienable, de lo que deduce que la facultad de hacer testamento debe ser producto exclusivo de nuestra voluntad. Tal es el principal defecto de las leyes sobre comisarios, aumentado, si cabe, desde que la ley 31 de Toro declaró con igual derecho y en el mismo caso al que no pueda que al que no quiera testar”. Y la necesidad de tal institución también la puso en duda: cuando el comisario tenía facultades discrecionales podía “prestar algún auxilio al propietario perezoso o tímido”. Pero no se evita la molestia de hacer testamento, pues el poder testatorio tiene que hacerse con los mismos

8 - Windscheid, *Pandekten* III, página 567.

requisitos que el testamento. Además, el testamentario es un ejecutor “que no ha de hacer más que lo que él le mande”. Por ello, “instituciones hay más necesarias y más justas que este testamento” ⁹.

El proyecto de Código de 1851 recogió la prohibición del poder testatorio. Se destacó la importancia de proteger la voluntad del causante, para lo cual se veía necesario no permitir que dejara su decisión a un tercero. Sólo al testador tiene que corresponder la decisión sobre el destino post-mortem de sus bienes, pues es la persona que dispone de más elementos de juicio para hacerlo. Se resaltó también la diferencia entre los poderes post-mortem y los dados en vida, pues los primeros ya no se pueden revocar.

El ambiente entre los juristas de Derecho Común también era contrario a los fideicomisos secretos. Hay que decir que en España no era contrario a los expresos y prueba de ello es su admisión por el CC frente a lo ocurrido en Francia, Italia y otros países. Pero respecto de los primeros, Benito Gutiérrez decía “una mala práctica ha autorizado los fideicomisos tácitos” ¹⁰ lo que parece decir que no tenían un apoyo claro en las Leyes. La prohibición de tales cláusulas se recogió ya en el art. 636 del proyecto de 1851, aunque sirvió, de rebote, para la defensa del fideicomiso expreso, pues esta institución quedaba a salvo de ser usada para burlar previsiones legales.

Estas posturas doctrinales se convirtieron en normas legales con la entrada en vigor del Código Civil de 1889.

III.- Instituciones del Código Civil.

El CC configuró el testamento como un acto personalísimo, de forma que no admite el poder testatorio ni permite, salvo en excepciones de alcance muy limitado, la cooperación de un tercero. Así resulta del conocido artículo 670: “El testamento es un acto personalísimo, no podrá dejarse su formación al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”. También el art. 830 dice “La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro”. Son frases tajantes contra la admisibilidad del poder testatorio.

Se prohíbe en primer lugar la formación de la última voluntad por persona distinta del causante: tanto la delegación a un tercero para que

9 - Benito Gutiérrez, op. cit., volumen III, páginas 221-222.

10 - Benito Gutiérrez, op. cit., volumen III, página 333.

decida por el testador como el supuesto en que el tercero actúa según las instrucciones recibidas del causante (testamento por comisario o mandatario). Y se prohíbe en segundo lugar cualquier actuación sobre un testamento ya otorgado. Con ello, se va especialmente lejos en las restricciones a la actuación de un tercero. No obstante, el último inciso del art. 670, interpretado a contrario y en el contexto del art. 671, sí permite una actuación a terceros: cuando no se trate de designar las porciones de los sucesores, sino de ejecutar lo designado por el causante, y cuando se trate de personas no designadas nominalmente, sino en forma genérica.

Se estima que estas reglas son de orden público, por lo que no pueden admitirse excepciones ni aunque el testamento se haya otorgado en el extranjero (no rige en este caso el art. 732, que en todo caso se refiere sólo a las formas, no al contenido). En todo caso, la nulidad de la cláusula del poder testatorio no acarrea por sí sola la nulidad del resto del testamento.

Algunos casos resueltos por la jurisprudencia del TS han sido los siguientes: es contrario al 670 instituir heredero a aquellos a cuyo favor testara la esposa, pues esto implica autorizar a ésta a realizar la institución (5 julio 1893). Lo mismo se dijo, respecto de la mejora en una STS de 26 de junio de 1958. Las facultades concedidas a los albaceas para determinar el pariente de mejor derecho a bienes amayorazgados se entendió válida por la STS de 24 de junio de 1940, pero esto no era más que aplicar criterios legales preestablecidos. En cambio, la facultad concedida a una legataria de usufructo de determinadas fincas para distribuirlas por testamento entre los hermanos varones del testador se reputó inválida (4 diciembre 1975).

Una excepción al art. 670 aparece en el art. 671: distribuir cantidades que se dejen en general a clases determinadas, así como la elección de las personas o establecimientos a que deban aplicarse. No obstante, el primer supuesto es casi una mera ejecución de la voluntad del testador, pues las cantidades a distribuir vienen señaladas en el testamento. El segundo supuesto sí que permite una actuación discrecional del tercero, pero no va contra el 670, que se refiere a instituidos nominalmente, y en todo caso tiene muy poca relevancia práctica. Y además hay que tener en cuenta las normas establecidas para resolver las indeterminaciones en los artículos 747 (sufragios y obras piadosas en beneficio del alma), 749 (pobres) y 751 (parientes). Por lo demás, se ha entendido que es irrelevante si esas personas o establecimientos son herederas o legatarias, que el testador puede realizar el encargo a uno o varios terceros y establecer libremente su forma de actuar, y que la función es indelegable salvo que se haga a persona jurídica, pues ésta podrá actuar como legalmente pueda hacerlo. Se ha admitido por la jurisprudencia que se encargue a un tercero recompensar como crea oportuno a las personas que cuidaron del testador (STS 1 diciembre 1899). La STS de

7 noviembre 1935 declaró válida la disposición relativa al resto de una herencia por la que se encomendaba a un tercero o invertirlo en edificar una iglesia o repartirla entre los pobres del lugar.

Otra excepción, pero de muy poca relevancia práctica, puede encontrarse en la figura del legado alternativo, pues el art. 874 remite a la regulación de las obligaciones alternativas y en ellas la doctrina admite que la elección pueda dejarse a un tercero, pero la elección contemplada por la Ley se refiere al objeto de la prestación, no a los sujetos. Otra, en las sustituciones pupilar y ejemplar, especialmente si se admite, como se ha admitido jurisprudencialmente, que se refieren no sólo al patrimonio recibido del sustituyente.

La principal excepción se encuentra en el art. 831, reformado parcialmente por la Ley de 13.05.1981 y completamente por la Ley de 18.11.2003, de la que alguien (Seco Caro) alegó como precedente el testamento por comisario¹¹.

La redacción original del CC permitía otorgar, pero sólo en capitulaciones, al cónyuge sobreviviente la facultad de mejorar a los hijos comunes. Fue letra muerta porque las capitulaciones, hasta la Ley de 2 de mayo de 1975 sólo podían otorgarse antes del matrimonio y eran irrevocables. Tal razón se alegó, pero el caso es que tampoco se usó cuando las capitulaciones pudieron otorgarse tras la celebración del matrimonio y ser revocables. La Ley de 13 de mayo de 1981 permitió atribuir esta facultad también por testamento, pero aun así continuó siendo de rarísima aplicación práctica. Se trata de una institución desconocida. La reforma de 2003 ha ampliado mucho las facultades del viudo, si bien hay figuras análogas de otros Derechos civiles españoles que son todavía más amplias; pero tampoco ha calado en la práctica y no creemos que sea por no haberla configurado con más amplitud. En todo caso, ésta última es la regulación que ahora reseñamos.

La delegación de facultades sólo puede realizarse a favor del cónyuge, en testamento y para ser usada a favor de hijos o descendientes comunes. El último párrafo de este artículo permite la delegación “cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí”. El ámbito de actuación del fiduciario es amplio pero no excesivamente: puede mejorar incluso con cargo al tercio libre, y en general realizar adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título sucesorio. Tiene que respetar las legítimas estrictas y en general todas las disposiciones del causante, aunque puede cumplirlas con bienes del propio fiduciario; por el contrario, no puede pagar las legítimas con dinero extrahereditario. Tampoco puede designar heredero.

11 - Seco Caro, op. cit., cita tomada del libro de Rivas Martínez (vid. capítulo relativo a los derechos legitimarios del viudo en el CC).

Mientras no use las facultades, el fiduciario tiene la administración de los bienes objeto de la fiducia. La reforma de 2003 eliminó, a nuestro juicio de forma incomprensible, la posibilidad de hacerla en capitulaciones, de forma que desde entonces sólo puede hacerse en testamento.

El fiduciario puede actuar en uno o varios actos, pero tiene un plazo máximo de dos años desde la apertura de la sucesión o desde la emancipación del último de los hijos comunes. No obstante, el testador puede fijar libremente el plazo (por ejemplo, cabrá por toda la vida del fiduciario) y también autorizar a usar la fiducia en el testamento del fiduciario.

La fiducia se extingue si el fiduciario pasa a ulterior matrimonio o relación de hecho análoga o desde que tiene un hijo no común con el causante, salvo (en todos los casos) que el testador hubiere dispuesto otra cosa. No dice la Ley qué ocurre en los casos de nulidad, separación o divorcio, o en el de separación de hecho, por lo que en todos estos casos hay disputa doctrinal, de solución difícil desde el momento en que el CC permite la concesión de esta fiducia entre personas no casadas.

En definitiva: es una importante excepción a la regla del art. 670. Es un supuesto de fiducia sucesoria encargada al cónyuge, pero sólo por el hecho de ser tal, es decir, con independencia de si es heredero o legatario.

Distinta de esta figura es la posibilidad concedida al testador de realizar por actos entre vivos o mortis causa la partición de sus bienes, que permite preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad. Esto se contempla en el art. 1056, reformado por la Ley de 1 de abril de 2003, que no podemos comentar ahora porque aquí, además de tratarse de actos particionales (aunque el límite con lo dispositivo no está claro) no se permite ninguna delegación a terceros.

La Ley reguladora de la explotación familiar agraria y del joven agricultor (LJA) de 24 de diciembre 1981 permitió el testamento por comisario en la sucesión de la explotación familiar agraria, pero nunca se aplicó y fue derogada totalmente por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias.

El CC tampoco admitió ninguna figura que pudiera ser calificada como heredero o legatario de confianza. El art. 785.4 dice que no surtirán efecto las disposiciones “que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador”. La sanción es la nulidad, que se ha estimado apreciable de oficio por los tribunales aunque actor y demandado acepten la validez de la misma (STS 29 octubre 1949; también 13 de octubre de 1934, 6 de febrero de 1903 y 21 de marzo de 1910). Parece

irrelevante si con esta figura se pretende o no favorecer a un incapaz de suceder. No obstante, no podemos dejar de mencionar que la jurisprudencia sí ha dado un cierto juego a las instrucciones reservadas en los casos admitidos de indeterminación relativa de beneficiarios antes examinados.

No creemos que esta norma del art. 785.4 se refiera propiamente a una sustitución fideicomisaria. Dado que con esta cláusula no se trata de favorecer al heredero o legatario de confianza, hay que entender que no le es aplicable el art. 786 (que salva la institución declarando la nulidad de sólo el exceso de la sustitución) y que la nulidad hay que predicarla de toda la institución o legado, no sólo de la cláusula de confianza.

No desconocemos que algún autor (Cámara Lapuente)¹² ha defendido que la herencia de confianza no va contra el carácter personalísimo del testamento (pues el heredero de confianza ha de atenerse a las instrucciones del testador) ni contra la indeterminación prohibida por el art. 750 (pues la determinación resulta de la revelación), pero creemos que el CC prohíbe que la designación de sucesor quede, de hecho o de Derecho, fuera de control “jurídico”.

El CC sí admitió, por el contrario, y a diferencia de lo que ocurrió tras las revoluciones del siglo XIX en otros países europeos, la sustitución fideicomisaria, aunque con el límite de la segunda generación, en cuyo estudio no corresponde ahora entrar. Desaparecida la diferencia entre legado y fideicomiso a efectos de su cumplimiento, lo distintivo de este último consiste simplemente en que un intermediario se interpone entre el causante y beneficiario. Lo que no permitió, que es lo único que aquí interesa señalar, es posibilidad alguna del fiduciario en cuanto a la elección de fideicomisarios o distribución entre éstos del caudal. No se dice esto en ningún artículo de la regulación de las sustituciones pero no cabe ninguna duda porque el contexto normativo es el ya visto del art. 670.

Respecto de lo que es propiamente un fideicomiso puro (antes regulado en el Derecho catalán), el CC no lo contempla; creemos que esta figura es posible, pues nada hay que lo prohíba. Se le aplicarán las normas de las sustituciones fideicomisarias en lo que no resulten incompatibles. No puede configurarse como un heredero de confianza.

Y reguló la figura del albacea, aunque el albaceazgo universal sólo se cita (art. 894), con lo cual su regulación queda en manos del testador. En todo caso, tanto el particular como el universal son sólo ejecutores de la voluntad testamentaria, por lo que no corresponde ahora entrar en el estudio de estas figuras. No suplen en ningún caso la institución de heredero

12 - Cámara Lapuente, La fiducia sucesoria secreta (op. cit.), página 439.

porque tal institución no es formalmente necesaria en el sistema del CC. Sus funciones son de administración y supervisión, reguladas en los arts. 901 a 903, sobradamente conocidos. El testador puede ampliar las facultades legales, pero no puede derogar las reglas del art. 670 CC, por lo que entendemos que, salvo los casos antes reseñados expresamente previstos en el CC (alma, pobres, parientes, etc.) el albacea no tiene posibilidades de elegir ni distribuir bienes; por ejemplo, no puede determinar la persona que haya cuidado al causante si éste instituyó heredero “a la persona que me cuide”, pues aquí hay un margen de apreciación que, en nuestra opinión, parece que excede de lo permitido por el art. 670, aunque quizá esta solución sea discutible por demasiado drástica.

El cargo es personalísimo, indelegable. No pueden realizar la partición si el testador no les ha encomendado esta tarea.

La figura del albacea tiene poca aplicación práctica. Los casos típicos de su uso son los grandes patrimonios, las previsibles malas relaciones entre coherederos, la existencia de menores o incapacitados, y el interés especial del testador en asegurar el cumplimiento de determinados legados o modos por herederos que no sean hijos o descendientes. En situaciones “normales” se prefiere por los testadores que la ejecución de su última voluntad se realice directamente por los herederos.

La figura del contador partidor, que en realidad es un albacea particular, se regula someramente, pero sí ha tenido aplicación práctica, especialmente cuando en la sucesión están interesados menores o incapacitados.

En resumen, las figuras fiduciarias tuvieron muy poca cabida en el sistema del CC de 1889, aunque éste fue, como veremos, menos radical en su eliminación que otros Códigos Europeos. Las excepciones son las limitadas facultades que puede ostentar el albacea en casos de institución a favor de personas relativamente inciertas y las también limitadas facultades que podían conferirse al cónyuge sobreviviente antes de la reforma de 2003. La evolución legislativa ha ido en la clara dirección de ampliar en gran medida los encargos de confianza que se pueden realizar al cónyuge, aunque en la práctica no se han usado. El contexto legitimario es, como sabemos, de legítima material individual, pero no creemos que esto influya en el rechazo social de las figuras de confianza, pues también la había en el Derecho anterior al CC y había legítima material individual en Cataluña y Baleares y ello no impidió su aplicación.

Salvo los artículos 831 y 1056, los demás referidos a la materia de este trabajo no han sido modificados desde 1889.

Hemos comentado la regulación del CC para pasar a continuación a los

demás Derechos civiles españoles, pues en este orden creemos que se apreciarán mejor las diferencias y se entenderán también mejor unas regulaciones que no sufrieron los ataques de la política jurídica codificadora del s. XIX y que por ello han conservado instituciones que el CC rechazó.

IV.- Instituciones de los demás

Derechos civiles españoles.

Derecho de Cataluña.

El poder testatorio no aparece en las Ordenaciones del Derecho histórico catalán. Las instituciones de confianza reconocidas legalmente fueron sólo las admitidas por el *Ius Commune* (romano-canónico): fideicomisos y sustituciones fideicomisarias y, en cuanto pueda calificarse de institución fiduciaria, el albaceazgo universal, que pudo haber dado lugar (quizá junto con el fideicomiso, la vulgarización del Derecho, la costumbre y algún modelo de ejecutor de Derechos godos) a la figura del heredero o legatario de confianza en los términos que se admitieron. Sin perjuicio de esto, algún tipo de delegación sucesoria para ordenar la sucesión tuvo que tener vigencia consuetudinaria en algunos lugares, sobre todo en comarcas pirenaicas, con orígenes poco conocidos lo que motivó que fueran regulados por la Compilación de 1960.

La Compilación de 21 de junio de 1960 reguló la delegación sucesoria, en ámbitos locales determinados si no era a favor del cónyuge, y con carácter territorial general la herencia (y legado) de confianza, y también incluyó una ordenación amplia de fideicomisos y del albaceazgo.

La delegación sucesoria podía realizarse a favor del cónyuge (art. 115), para nombrar heredero al hijo o hijos que éste eligiera entre los hijos comunes. Su ámbito subjetivo era pues muy limitado. La regulación era en lo demás meramente supletoria de lo dispuesto por el testador. La administración de la herencia, mientras no se usara la facultad, correspondía a quien hubiera designado el testador, y en defecto de designación, al cónyuge sobreviviente, que tenía plenas facultades dispositivas sobre los bienes para su inversión en otros bienes (que quedaban subrogados), atender a la subsistencia de la familia, pagar deudas, dotes y legítimas, todo ello con las limitaciones impuestas por el testador. No se fijó plazo para ejercitar la delegación, por lo que se entendía que era de por vida, si no se fijaba plazo por el causante; en caso de fallecer sin haberla ejercitado, la herencia se defiende a los hijos por partes iguales, con derecho de representación. El cónyuge no es, por el hecho de ser fiduciario, heredero ni usufructuario (o si lo es, será por yuxtaposición de derechos por voluntad del causante), sino un simple

fiduciario. No obstante, la tradición jurídica vinculaba la cláusula de confianza al usufructo vidual universal, hasta el punto de que algunos clásicos defendieron que tal usufructo estaba implícito. Esta delegación podía hacerse también en heredamiento.

En la comarca del Pallars Sobirà “o en otras comarcas donde rija la costumbre de poder el testador instituir heredero a aquel de sus hijos que elijan los dos parientes más próximos, sin individualizarlos” se podrá (art. 116) designar heredero de conformidad con lo previsto por el testador o la costumbre. En defecto de ello, la Compilación fijó unas reglas, meramente supletorias. El ámbito subjetivo era también muy limitado. La elección sólo podía recaer en el hijo —o si no hubiera hijos, descendiente ulterior— que se estimare más apto para regir la casa. El ámbito de facultades era más limitado que el del cónyuge, pues éste podía imponer condiciones, limitaciones y sustituciones. La elección tenía que hacerse en escritura pública y era en principio irrevocable. Les correspondía a tales parientes electores la administración de la herencia en los mismos términos que al cónyuge en el art. 115. No se fijó ningún plazo para ejercitar la delegación, ni reglas supletorias. Estos parientes son también meros fiduciarios, no ostentan, por razón del encargo de confianza, derechos sobre los bienes hereditarios.

Algunos supuestos que podemos calificar de “herencia de confianza” se reconocían y aplicaban en tiempos anteriores a la Compilación, y no se discutía su subsistencia aunque en el s. XIX se avisaba de sus peligros por el riesgo de abuso del heredero de confianza. Se reguló en los artículos 118 a 121, sin limitarse a ningún ámbito geográfico concreto. Se exige que la existencia de la herencia de confianza sea expresa y, por aplicación de otras normas, que no se beneficie a personas que según la Ley no pueden suceder. Pero se admite con gran amplitud: “El testador podrá instituir o designar herederos o legatarios de confianza a personas individuales para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente de palabra o por escrito”. Sólo pueden ser, como se ve, personas físicas (pueden ser varias) y hay que designarlos nominatim, no por referencia a un oficio o cargo. Antes de la Compilación existía la práctica de nombrar heredero de confianza a una orden religiosa o a un cargo eclesiástico determinado. Se prefirió asegurar que el encargo lo cumpliera sólo alguien que fuera conocido y de confianza del causante. En Navarra, en cambio, rige el criterio contrario.

Si hay varios, actuarán por mayoría, en defecto de previsión por el testador. El testador podrá autorizar la elección de sustitutos por el heredero de confianza. También podrá prohibir la revelación. Si no lo prohíbe, podrán mantenerla reservada o revelarla en escritura o protocolizando las notas del testador, en cuyo caso se considerará que forma parte del testamento “y no podrá revocarse ni alterarse pero sí ser objeto de aclaración”. Mientras no

revelen la confianza, se considerarán herederos o legatarios y tendrán facultades dispositivas entre vivos (a salvo las limitaciones impuestas por el testador), pero no podrán hacer definitivamente suyos los bienes relictos, que quedarán separados de sus propios bienes. Revelada la confianza, quedarán como albaceas universales o particulares, salvo que otra cosa disponga el testador. No hay plazo legalmente fijado para el cumplimiento del encargo.

Los fideicomisos fueron objeto de amplia regulación. Aquí nos referimos sólo al fideicomiso puro, no al de sustitución, aunque su regulación estaba entremezclada. Se trata del encargo de transmitir la totalidad o una cuota de herencia o de un legado, sin que el fiduciario pueda hacer suyos los frutos salvo autorización del testador (art. 163). Se le podía atribuir la facultad de elegir fideicomisario “entre personas que designe (el causante) por sus nombres o circunstancias, o que formen un grupo determinado”, así como distribuir la herencia entre los fideicomisarios (art. 178, que daba una regulación meramente supletoria de lo ordenado por el causante). Tenía un plazo para efectuar la entrega (art. 205) de un año desde que fuera requerido notarial o judicialmente por el fideicomisario. En el fideicomiso de sustitución, también era posible la elección de fideicomisarios; en tal caso, el fiduciario sí tenía derechos sobre los bienes hereditarios.

El albaceazgo se reguló en los artículos 235 a 241. Se distinguió la figura del albacea particular del universal, y dentro de éste, el de realización dineraria de todo o parte de la herencia y el de entrega directa del remanente de bienes hereditarios. Las facultades de administración y en su caso de disposición del caudal concedidas al albacea se basan en la confianza que en él deposita el causante, por lo que también puede hablarse de institución fiduciaria (como hace Puig Ferriol)¹⁴, en especial en el universal, que suple la institución de heredero en el testamento. El albacea particular es la persona que ha de cumplir uno o más encargos relativos a la herencia o ejecutar disposiciones testamentarias o del heredamiento; tendrá las facultades impuestas por el testador y en su defecto las de cuidar del entierro y funerales y pedir el cumplimiento de los modos.

El albacea universal está facultado para posesionarse y administrar la herencia. El de realización dineraria puede realizar toda clase de actos dispositivos, aun habiendo legitimarios. El de entrega del remanente puede realizar la partición si no hay contador partidor. El testador puede ampliar o limitar sus facultades.

Los albaceas, sean del tipo que sean, no pueden delegar sus funciones si no se les hubiera facultado para ello. Tienen que cumplir su encargo dentro

14 - Puig Ferriol, op. cit., página 208.

del plazo fijado en el título sucesorio, que podrá ser ampliado por todos los herederos de común acuerdo. Si no se les fijó plazo tienen el de un año desde el fallecimiento del causante. Pasado este plazo, pueden ser requeridos para cumplirlo dentro del plazo que se les señale.

Las funciones de contador partidor no pueden ser encomendadas a ningún heredero ni legatario de parte alicuota, salvo a un ascendiente común de todos los herederos.

Recordamos que la legítima se configuró en 1960 como una cuota de valor, si bien garantizada con afección real de todo el patrimonio relicto. La Ley de 9 de abril de 1990 cambió su naturaleza a un derecho de crédito contra la herencia. Pero sigue configurada como legítima material individual.

La Ley de 30 de diciembre de 1991, del Código de sucesiones, supuso el siguiente paso en la evolución legislativa, aunque en materia de instituciones de confianza no hubo grandes cambios.

Las dos novedades principales son haber extendido a toda Cataluña la delegación sucesoria a favor de parientes a que se refería el art. 116 de la Compilación (algo propugnado por la doctrina, ya que no había ninguna razón para no poderla hacer extensiva a todos los catalanes, Puig Ferriol)¹⁵ y haber eliminado toda la regulación del fideicomiso puro. Esta eliminación no se justificó en la exposición de motivos, que simplemente dijo “se suprime la figura del fideicomiso puro, con lo cual se consigue una notable simplificación de la institución”. Quizá se entendió bastante la regulación referida a la sustitución fideicomisaria y, para el caso de que el causante no quisiera que el fiduciario fuera heredero o legatario, la regulación del albaceazgo, pues es cierto que por estas vías se pueden cumplir fines análogos, pero nosotros más bien creemos que esta derogación ha eliminado normas que resolvían cuestiones de interés y que por tanto podía haberse actuado de otra manera.

Respecto de la delegación a favor del cónyuge (art. 148), permitió expresamente que se hiciera a favor de descendientes viviendo su padre o madre; antes no estaba claro si el testador podía ordenar esto.

Respecto de la delegación a favor de parientes, fijó el plazo máximo –en defecto de plazo fijado por el testador– de 5 años para su ejercicio. Pasado este plazo podrán ser requeridos por cualquier interesado para ejercitarla en 6 meses, pero podrán obtener del Juez una prórroga si concurre causa justificada. Y ha precisado su ámbito, pues sólo puede instituir a persona que sea un hijo y precisamente sólo a uno (antes, parece que también era así,

15 - Puig Ferriol, op. cit., página 249.

pero ahora se han eliminado dudas). Y ha desaparecido la referencia a la distribución de los bienes.

La regulación de herederos y legatarios de confianza se mantuvo invariada.

La delegación sucesoria y la herencia de confianza apenas se han utilizado en la práctica desde los años 60.

La regulación del albaceazgo contenida en el Código de Sucesiones de 1991 es básicamente la misma que la de la Compilación. Destacamos sólo lo siguiente: se dice expresamente (art. 310) que podrá ser albacea el heredero, el legatario, el resto de personas favorecidas por la sucesión y los que en cada momento ejerzan un cargo determinado. Y cuando no quede ningún albacea y no se haya cumplido totalmente el encargo, cualquier interesado en la sucesión podrá solicitar al Juez el nombramiento de uno o más albaceas dativos con las mismas funciones y facultades que los albaceas testamentarios.

La regulación de 1991 en todas estas materias es la que ha sido recogida por el libro IV del vigente Código Civil (Ley 10/2008, de 10 de julio), con leves retoques. Se ha extendido la facultad de elegir heredero o de distribuir la herencia al conviviente en unión estable de pareja. Y se ha fijado al heredero de confianza un plazo de 6 meses (antes era de 1 año) para practicar inventario. En cuanto a los albaceas, se ha reducido su retribución y que se ha puesto un tope al plazo máximo que el testador puede fijar al albacea: 30 años, o si lo fija con relación a la vida de determinadas personas, no puede exceder de los límites de los fideicomisos.

En resumen: se han mantenido todas las instituciones (delegación sucesoria, herencia de confianza, fideicomisos y albaceas) y la evolución legislativa no ha aportado novedades esenciales. Ha ampliado ligeramente la regulación de la fiducia sucesoria, ha permitido su uso por integrantes de pareja estable, y ha mantenido con leves retoques y correcciones técnicas la regulación de la herencia de confianza y del albaceazgo particular y universal. Ha derogado la normativa sobre fideicomisos puros pero ha mantenido la sustitución fideicomisaria incluso con posibilidad de elección de fideicomisarios por el fiduciario, si bien dentro de ciertos límites fijados por el causante.

Derecho de Mallorca y Menorca.

En el Derecho de Mallorca y Menorca aparece como figura peculiar la del distribuidor. Es una institución de carácter consuetudinario, escribió Juan

Verger Garau (en su comentario contenido en la obra de Albaladejo)⁽¹⁶⁾ aunque señaló que hay que admitir que tiene claros y abundantes precedentes romanos. En cambio, contra la opinión de Pascual Ruiz, dijo que las influencias canónicas “no son exactas y corresponden más bien a la institución de herederos o ejecutores de confianza, la que no está admitida, como sabemos, en el Derecho propio balear”. Mantuvo Verger Garau que el distribuidor implica una sustitución fideicomisaria, pues el distribuidor es sucesor y con la elección o distribución de bienes se produce siempre una designación sucesiva; y dijo: “esta es una gran diferencia con respecto a las figuras examinadas en otros Derechos; por tanto, se aplican las disposiciones de las sustituciones fideicomisarias en todo lo que no tenga regulación por el causante o por la regulación legal propia de esta figura, lo cual llena una buena parte de la institución”. Nosotros estimamos más correcta la tesis que mantuvo la SAP Palma de 9 de mayo de 2002: no se puede hablar de identidad entre ambas instituciones (incluso tienen regulación separada) si bien participa en cierta manera de su naturaleza, por el doble llamamiento y porque con ambas se pueden alcanzar objetivos similares.

Se reguló en los artículos 18 a 24 de la Compilación de 1961.

El encargo sólo podía conferirse a quien fuera instituido “aunque sólo fuere en el usufructo de todo o parte de la herencia”. O sea, que tenía que ser instituido heredero, ya fuera en toda la herencia, en una cuota de la misma, o sólo en usufructo de todo o parte de los bienes (*institutio ex re certa*). En todo caso, la regulación posterior, aunque no se dijo expresamente, presupone una persona física, no jurídica. La extensión se fijó en el art. 18: “que por acto entre vivos o de última voluntad, los asigne (los bienes de la herencia) a uno o los distribuya entre varios de los parientes de aquél (del causante) o del propio distribuidor, libremente o con las condiciones o limitaciones que el testador establezca, quedando a salvo las legítimas”.

Sólo podía nombrarse en testamento. En el Derecho de Mallorca (no en el de Menorca) también podía nombrarse en la escritura de donación universal (a persona que no fuera el donatario, según el art. 13).

Se parece al fideicomiso romano con facultad de elección o distribución, también regulado en el Derecho Navarro (ley 236, citada) y catalán. La propia Compilación dice que en la elección no pueden sobrepasarse los límites señalados para la sustituciones fideicomisarias. No tenía derecho a la cuarta trebeliánica si el testador no lo autorizaba expresamente. No podía detraer la *falcidia* aunque en la distribución asignara cosas

16 - Verger Garau, inicio de su comentario citado en la obra dirigida por el prof. Albaladejo.

determinadas a los beneficiarios. La Compilación daba también algunas reglas sobre bienes omitidos (dada la esencialidad de la institución de heredero).

El ámbito subjetivo, a salvo lo anterior, es amplio, pues puede ser distribuidor cualquier persona, aunque lo habitual era que fuera el cónyuge. La elección o la distribución sólo pueden realizarse entre los parientes del causante o del propio distribuidor. No hay ulteriores limitaciones, salvo las que el testador imponga.

Tiene todas las facultades de administración del caudal hereditario. Podía ejercer el encargo por acto entre vivos (irrevocable) o mortis causa (revocable). Si no se ejercía el cargo, se estaría a lo previsto en el testamento, y en su defecto, se entendían instituidos por partes iguales “los parientes del testador que sobreviviendo a éste, fueren los más próximos en grado entre los individual o genéricamente designados por él” (el causante).

La regulación de esta figura se amplió en la reforma de 1990 (R.D. Legislativo de 6 de septiembre de 1990) que le dedicó los arts. 18 a 24, pero las modificaciones no afectan a los rasgos principales de la institución. Destacamos los siguientes puntos:

Se dice expresamente que el legatario de usufructo universal puede ser distribuidor (o sea, sin tener que ser instituido heredero).

Se dice expresamente que el distribuidor puede, además de asignar bienes, elegir heredero o herederos. Y que las legítimas se harán efectivas “según disponga el mismo distribuidor se conformidad con esta Compilación”, por lo que puede decidir el pago en dinero de las mismas si el causante no lo prohibió.

El encargo puede realizarse por acto entre vivos, pero en este caso se dice expresamente que tiene que ser en escritura pública.

El ejercicio del cargo es personalísimo. Esto no puede ser modificado por el testador, pues la delegación va unida a la institución de herencia o de legado de usufructo. Pero la simple ejecución material puede según el art. 19 encomendarse a otra persona (o sea, de la elección o distribución ya hecha).

Se han fijado plazos para el ejercicio del encargo: en el encargo de distribución, el plazo lo señala el testador (no hay límite), y si no fija plazo, tiene que hacerse al tiempo de su muerte (aunque no está claro si se trata de la muerte del causante o del distribuidor). Si hay encargo de elección, el distribuidor no tiene plazo, salvo que el testador quiera señalarlo.

Se han precisado más las reglas aplicables en defecto de actuación del distribuidor.

Se dice expresamente (art. 23) que el distribuidor tendrá los derechos y obligaciones que le correspondan como “heredero fiduciario”. El art. 21, por su parte, utiliza las palabras “fideicomiso de distribución”.

No se regulan causas de extinción.

No se olvide, en todo caso, que el contexto es el de legítima material individual y que el testamento es un acto personalísimo. En todo caso, es una institución actualmente muy poco usada, tanto en Palma como incluso en el resto de Mallorca. En mis 16 años de ejercicio en Palma no he tenido ningún caso. Tampoco es usual en el resto de la isla. En Menorca no se conocen casos desde hace décadas.

La Compilación no reguló el albaceazgo ni la figura del contador-partidor. Sí regula la sustitución fideicomisaria, pero en aspectos que no interesan a este trabajo. Respecto de la posibilidad del fideicomiso puro, creemos que nada lo impide, al igual que en el sistema del CC.

En resumen: la figura de Derecho propio que es el distribuidor se ha mantenido en la regulación positiva, aunque la evolución legislativa no ha realizado cambios importantes, sino que se ha limitado a mejoras de tipo técnico. No hay a la vista cambios significativos. La herencia o legado de confianza no son posibles, por aplicación del Derecho común, que también rige en lo relativo al albaceazgo.

Derecho de Ibiza-Formentera.

El Derecho de las Pitiusas contiene un supuesto de delegación de facultades o fiducia sucesoria cuyo origen consuetudinario ha sido defendido, con razón, por nuestro compañero Notario José Cerdá Gimeno¹⁷.

La Compilación de 1961 le dedicó una breve regulación, que calificó de “delegación de facultades o cláusula de confianza” en su art. 77: el testador podrá encomendar a su consorte la distribución de los bienes de la herencia entre los hijos comunes, libremente o con las limitaciones que establezca. También podía hacerse en heredamiento, en cuyo caso se regía por las normas de éste (arts. 70 a 76), pero con el mismo ámbito subjetivo: el encargo sólo podía encargarse al cónyuge y consistía en “la facultad de designar por testamento posterior el hijo o hijos que han de ser herederos” o “efectuar la elección entre los hijos comunes del o de los que han de ser herederos”. En uno y otro caso las facultades no son sólo de distribución de bienes sino también de elección de los beneficiarios, según quiera el causante.

17 - Cerdá Gimeno, op. cit., página 310.

La reforma de 1990 apenas modificó esta regulación, aunque se ha usado una terminología más amplia que elimina la duda anterior sobre si las facultades del fiduciario podían extenderse a la elección además de a la distribución; ahora se dice “para que ordene la sucesión de aquél entre sus descendientes comunes” (art 71), lo cual es de una gran amplitud, más que en el Derecho catalán. Este mismo art. 71 mantiene la regla de que el fiduciario sólo puede ser el cónyuge y los beneficiarios los hijos comunes. La designación de fiduciario y el cumplimiento del encargo pueden hacerse en testamento (por tanto, aunque no sea ante Notario) o en escritura pública (por tanto, aunque no sea escritura de testamento). El encargo ejecutado por acto entre vivos es irrevocable.

Por el contrario, el heredamiento puede contener “cláusula de confianza”, con una extensión que carece de cualquier otra precisión legal, en cuyo caso se estará a lo pactado y se interpretará con arreglo a la costumbre. Y se ha establecido una regulación de los pactos sucesorios en los arts. 72 a 77 de la Compilación, en el primero de los cuales se dice que la institución de heredero podrá hacerse “delegando en el cónyuge la facultad de ordenar la sucesión”, lo que parece remitir a un contenido más amplio que el de la fiducia testamentaria del art. 71, si bien la interpretación según la costumbre puede llevar a reducir su ámbito a los hijos comunes.

Parece que, como dice Cerdá Gimeno¹⁸, las facultades del fiduciario son indelegables, dado su carácter personalísimo. El mismo entiende que la designación en testamento es revocable y en escritura (o sea, en escritura que no sea de testamento) es irrevocable. También se entiende que mientras no se ejercite la fiducia, el fiduciario tiene la administración de los bienes, aunque la Compilación no diga esto expresamente.

En resumen, la institución de confianza que se regula es el encargo al cónyuge para que actúe en relación a los hijos comunes; en esto, es más limitado que el Derecho de Mallorca y Menorca, pero las facultades son más amplias, pues puede en general “ordenar la sucesión”. La evolución legislativa ha sido mínima, como se ha visto. No se han regulado otras instituciones de confianza, por lo que se aplicará el sistema del CC.

En todas las Islas Baleares hay que tener en cuenta, además de lo dicho, la Ley de parejas estables no casadas, que atribuye al sobreviviente de las parejas inscritas en el Registro administrativo los mismos derechos que la Compilación prevé para el viudo (art. 13). No queda claro si esto se refiere a la posibilidad de usar las figuras fiduciarias que acabamos de reseñar. El problema no se da en el caso de Mallorca y Menorca, porque la Compilación

18 - Cerdá Gimeno, op. cit., páginas 319 y 320.

no exige ser cónyuge ni pariente para ser nombrado distribuidor. En las Pitiusas sí se plantea el problema, pues el art. 71 habla de “cónyuge”; creemos que el cargo de fiduciario no cabe en lo previsto por el art. 13 citado. Pero respecto de los pactos sucesorios (art. 72 y ss), la Compilación no exige ningún vínculo matrimonial o familiar.

Derecho de Aragón.

El Derecho positivo aragonés no ha regulado las instituciones de confianza hasta tiempos bien recientes; en concreto, hasta el Apéndice de 1925. Sin embargo, se trataba de algo que existía en la práctica y se estimaba vigente de manera indiscutida por jurisprudencia (de la Audiencia de Zaragoza y del Tribunal Supremo) y doctrina. Asso y Manuel, en su obra de 1794¹⁹, reconocen con toda claridad que en Aragón puede el testador dejar al arbitrio de otro el nombrar heredero. Emilio Latorre²⁰ escribió (en los Comentarios de Albaladejo) que se trataba de una institución de origen consuetudinario, nacida al amparo del *standum est chartae* y que su desarrollo se produce en tiempos recientes; cita a autores históricos (Molino, Portolés) según los cuales se podía testar por comisario puesto que no estaba prohibido por las disposiciones forales y éstas imponían la obligación de estar a la carta o instrumento. Por su parte, Merino Hernández afirma el testamento por comisario fue una institución popular conocida desde tiempos remotos en todos los reinos peninsulares; si en Castilla se regularon expresamente fue para salvarlos de la corriente contraria que representaba el Derecho romano en su recepción medieval, pero en territorios como Aragón o Navarra, donde la influencia romana apenas se dejó sentir, no hacía falta esa protección legal, y vivía al margen y con independencia de las normas positivas, como institución enraizada en el sentimiento popular y en la práctica cotidiana.²¹

El Congreso de jurisconsultos aragoneses de Zaragoza de 1881, en la cuestión relativa a qué derechos podrá conceder el testador a su cónyuge a quien sobreviven hijos, acordó condenar por antiforal la práctica de instituir heredero al cónyuge aun con obligación de distribuir a su muerte los bienes entre los hijos, y sostener la práctica de conferir un cónyuge al otro la facultad de designar heredero y distribuir los bienes entre los hijos. Lo primero se parece a la herencia de confianza y no se recogió en la Compilación,

19 - Asso y Manuel, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla* (citada en la bibliografía), que en la página 224 contiene esta referencia a Aragón.

20 - Latorre, en el inicio de su comentario a los arts. 110 y ss de la Compilación (vid. tomo citado de los “Comentarios” de Albaladejo).

21 - Merino Hernández, op. cit., página 68.

y lo segundo es la fiducia sucesoria que se reguló en la Compilación. En todo caso reconoció que se trata de figuras consuetudinarias, no amparadas por norma legal alguna.

Parece que la práctica no limitaba el uso de la fiducia al caso de los cónyuges, pero el Apéndice de 1925 sólo la permitió entre cónyuges y para utilizar entre hijos comunes. Esto fue ampliado en la Compilación.

La Compilación de 8 de abril de 1967 reguló la fiducia en los arts. 110 y siguientes, con una normativa propia para el cónyuge fiduciario y otra para los parientes (o fiducia colectiva), que fueron por tanto los únicos casos posibles de fiduciarios.

Cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro “para que ordene la sucesión de aquél entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado”. Ordenar la sucesión no sólo es designar heredero, sino realizar todo lo que el causante hubiera podido hacer: legados, cargas, sustituciones, imposición de condiciones o términos, nombrar albaceas y contadores partidores, realizar la partición de la herencia, administrar y disponer de los bienes respetando los límites que también tenía el causante; y también regular la administración de los bienes de menores, nombrar tutor, designar junta de parientes para resolver ciertas cuestiones, actuar en los casos de preterición, etc. La designación de fiduciario podía hacerse en testamento (por tanto, incluso en testamento no notarial) o escritura pública (por tanto, aunque no fuera en escritura de testamento). Así también los actos de ejecución de la fiducia (los actos entre vivos serían irrevocables). La ejecución podía ser total o parcial y en tiempos distintos, salvo voluntad contraria del causante. Hasta la ejecución, la administración y disposición se regiría por las normas de la comunidad hereditaria.

En todo caso, la condición de fiduciario no va unida a la de heredero o legatario, aunque el cónyuge sobreviviente tendrá la viudedad universal (pero es título independiente a la fiducia).

Y se reguló la fiducia encomendada a parientes o “fiducia colectiva”. Fiduciarios podían ser dos o más parientes, si bien el cónyuge viudo no podía ser excluido si sólo había hijos comunes. Se daban reglas para el caso de que los parientes no hubieran sido determinados claramente. Los beneficiarios sólo podían ser descendientes o consanguíneos del causante hasta el cuarto grado. Y el contenido de la fiducia era también muy amplio: “ordenar la sucesión de la casa” (art. 114). El Art. 115.2 también permitía esta fiducia en los supuestos en que la casa o un patrimonio deban deferirse a un solo heredero, sin determinación de normas para su nombramiento o cuando éstas resulten de imposible cumplimiento. La ejecución de la fiducia se realizaba por acuerdo de la junta de parientes, adoptado según las reglas

fijadas por el causante y supletoriamente por unas reglas que daba la propia Compilación.

La reforma introducida por la Ley 1/1999 de 24 de febrero presenta las siguientes novedades:

Para ser nombrado fiduciario no se exige ya la condición de cónyuge ni vínculo de parentesco. Puede ser nombrada cualquier persona.

El nombramiento de fiduciario a favor del cónyuge no surte efecto si al fallecimiento estuviera declarada judicialmente la nulidad, separación o divorcio o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin.

Si hay descendientes del comitente, la sucesión tiene que ordenarse a favor de alguno de ellos, salvo disposición contraria del causante. En otro caso, parece que no hay límites a la actuación del fiduciario.

Se dice expresamente que la delación de la herencia no se entiende producida hasta el momento de ejecución de la fiducia o extinción de la misma.

Se ha regulado la administración y disposición de los bienes mientras no se ejecuta el encargo. La administración corresponde al cónyuge viudo si fuera administrador de la comunidad conyugal, o en otro caso sobre los bienes afectos a la viudedad. Sólo en defecto de cónyuge corresponde al fiduciario. En la fiducia colectiva, la administración sólo corresponde a los fiduciarios si el causante no nombró administrador. El fiduciario puede disponer de bienes si el causante lo autorizó, o para atender el pago de ciertas obligaciones o “cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros”. Si hay legitimarios, tiene que consentir el acto de disposición uno cualquiera de ellos.

Se han fijado plazos para el ejercicio de la fiducia, si bien sólo supletorios de lo establecido por el causante. Cuando el fiduciario es el cónyuge, el nombramiento se entenderá hecho de por vida. El cónyuge sobreviviente podrá ejecutar el encargo en su propio testamento, además de por actos entre vivos (en escritura pública, irrevocable). En cualquier otro caso, la fiducia sólo puede ejecutarse por actos entre vivos (en escritura pública, irrevocable).

Se introducen retoques en el funcionamiento de la fiducia colectiva.

Se regulan causas de extinción de la fiducia. Entre ellas, la nulidad, separación o divorcio o la interposición de demanda para obtener cualquiera de ellas (no la mera separación de hecho, por tanto), así como que el cónyuge fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo disposición en contra del causante.

Esta regulación de 1999 ha pasado sin variaciones al vigente Código de Derecho Foral, que ha entrado en vigor el 23 de abril de 2012.

En resumen, la evolución legislativa ha ampliado el ámbito subjetivo de la fiducia sucesoria, tanto respecto del fiduciante como de los beneficiarios, ha introducido correcciones técnicas y ha regulado las consecuencias de las crisis matrimoniales. Ha mantenido la extensión objetiva, que creemos es la más amplia de todos los Derechos civiles españoles.

No se regula en el Derecho aragonés la herencia de confianza ni tampoco los fideicomisos. La primera no será posible por aplicación supletoria del CC. Los fideicomisos son admisibles en la misma medida que en el sistema del CC. En la Ley de 1999 hay una mínima referencia al albacea, que no corresponde ahora comentar.

Finalmente diremos que el contexto legitimario es de legítima material, pero no individual, sino electiva por el causante.

Derecho de Navarra.

En Navarra la delegación sucesoria tuvo también origen consuetudinario, aunque parece que no pasaba de ser una mera facultad de distribuir bienes entre los hijos, concedida sólo al cónyuge viudo.

No hubo regulación general que contemplara esta figura, ni siquiera en la Novísima Recopilación de 1724-26, aunque se entendía válida al amparo de las distintas costumbres locales, cuyo arraigo impidió la existencia de un Fuero General válido para todo el Reino. Consta el reconocimiento por la jurisprudencia del TS (por ejemplo, STS 4 de mayo de 1863), que más de una vez dijo que en Navarra la delegación sucesoria era una consecuencia natural del principio de libertad de testar. No obstante, Benito Gutiérrez, quizá por la falta de reconocimiento en una ley de carácter general, escribió que “no conoce esta provincia dicho testamento” (por comisario).²²

La primera formulación aplicable con carácter general se debe a la Compilación de 1 de marzo de 1973, que le dedicó las leyes 281 a 288 y amplió las facultades del fiduciario respecto del Derecho que subsistía en las costumbres locales. La Compilación también reguló la herencia de confianza, los albaceas y las sustituciones fideicomisarias.

La ley 151 estableció que el causante puede delegar en fiduciarios-comisarios o en herederos de confianza la facultad de disponer u ordenar la herencia, bien libremente, bien conforme a instrucciones reservadas. Esta

22 - Benito Gutiérrez, op. cit., volumen VII, página 234.

ley también admite el poder post-mortem, vigente tras la muerte del poderdante mientras no lo revoque quien se halle preferentemente instituido por el difunto como ejecutor de su voluntad “sin perjuicio del total cumplimiento de la gestión encomendada al apoderado”.

Las leyes 224 a 239 regulan las sustituciones fideicomisarias, no el fideicomiso puro, aunque creemos que este es posible en cuanto respete los (escasos) límites de Derecho necesario impuestos por las leyes reguladoras de los fideicomisos. La primera de las leyes citadas dice que el disponente puede ordenar que se transmitan a uno o sucesivos fideicomisarios, en el tiempo y forma que señale, los bienes que de él haya recibido el fiduciario. Este último tiene todos los derechos que corresponden al propietario, pero habrá de restituir al fideicomisario los bienes y sus subrogados. Tiene facultades de disposición si el disponente lo autorizó, o si no lo prohibió, con el consentimiento de los fideicomisarios y eventualmente del Juez. También puede partir por sí solo la herencia. No existe en el Derecho navarro la cuarta trebeliánica (no es esencial la institución de heredero) ni la cuarta inversa para el caso de sustitución de residuo.

La ley 236 permite que el disponente pueda autorizar al fiduciario a elegir fideicomisarios entre los señalados por aquél y determinar la distribución de los bienes igual y desigualmente. La elección puede hacerse en testamento (y en tal caso será revocable) o por contrato sucesorio o acto entre vivos, en cuyos casos será irrevocable. Si el fiduciario no elige, heredan todos los fideicomisarios por partes iguales y si no se hubieran designado nominativamente, pueden determinarse por acta notarial.

Las leyes 281 a 288 regulan los fiduciarios-comisarios. De esta regulación extraemos lo siguiente:

Puede ser fiduciario el cónyuge u otras personas (cualquier persona), individual, conjunta o sucesivamente. El cónyuge viudo que contraiga nuevas nupcias perderá la condición de fiduciario.

No hay límites, a falta de norma, en cuanto a la designación de beneficiarios; pueden ser personas de la familia o de fuera de la familia. En todo caso, la ley 282 exige que la interpretación e integración de la voluntad del causante tiene que ajustarse a la costumbre del lugar y a los usos de la familia. Por otro lado, no se olvide que en el Derecho de Navarra no hay legítima material.

La delegación puede hacerse (ley 281) en “testamento, capitulaciones u otra escritura pública” (por ejemplo, por el poder post-mortem).

La extensión resulta de la ley 281: “para el caso de fallecer el causante sin haber ordenado de otro modo su sucesión, puede aquél delegar ...las

facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones y disponer legados, dentro de los límites establecidos en la delegación y conforme a lo dispuesto en el presente título”. En todo caso, las facultades no salen de la esfera patrimonial.

La actuación del fiduciario es personalísima, pero la ejecución o formalización podrá delegarse en otra persona.

La delegación puede ejecutarse en uno o varios actos, y debe formalizarse en testamento (revocable) o en escritura pública (irrevocable).

La administración se rige por las normas de la comunidad hereditaria. El fiduciario que sea el cónyuge sobreviviente o ascendiente del causante tiene la administración y disposición de los bienes de que todavía no hayan dispuesto.

Si la designación por los fiduciarios no puede realizarse, el mayor de los hijos podrá pedir que se le declare heredero; en su defecto, el mayor de los demás descendientes que viva en la casa. Si ninguno lo pide, se abrirá la sucesión legal.

La Compilación reguló también la herencia de confianza en las leyes 289 a 295. De ellas reseñamos lo siguiente:

Pueden ser herederos de confianza cualesquiera personas físicas o jurídicas. La posibilidad de personas jurídicas puede permitir una mejor gestión de grandes patrimonios y recuerda el trust del Derecho inglés.

Puede instituirse en testamento o (novedad de la Compilación desconocida en el Derecho histórico) en pacto sucesorio.

Las instrucciones pueden darse por escrito o de palabra y el heredero no está nunca obligado a revelarlas ni a dar cuenta de su gestión, salvo disposición en contra del causante. Mientras no la revele, puede ejercitar todos los derechos propios de heredero. Una vez revelada, se le considera ejecutor de la voluntad del testador, con todas las facultades de albacea, contador-partidor y representante de la herencia, que podrá ejercitar sin limitación de tiempo, salvo que el testador hubiera señalado plazo.

No se menciona la posibilidad de que el causante prohíba la revelación, pero no hay inconveniente legal para ello.

Si el testador lo hubiese autorizado, el heredero puede delegar su función total o parcialmente en otra/s persona/s, pero sólo en testamento, ya sea revelando la confianza o transmitiendo reservadamente de palabra o por escrito las instrucciones recibidas del testador.

El heredero de confianza puede autoasignarse la retribución que tenga

por conveniente, lo cual parece ir, en la práctica, contra el principio de que no puede hacer definitivamente suyos los bienes, pues la asignación de tal retribución resultará muy difícil de impugnar. En la teoría se puede salvar la contradicción entendiendo que incurre en enriquecimiento sin causa si se asigna una retribución excesiva.

Y la ley 293 regula una figura que persigue en realidad una finalidad distinta: el testador puede establecer una fiducia continuada, temporal o ilimitada en el tiempo, que no se extinga por la revelación de la confianza o por la desaparición del fiduciario. Se pretende satisfacer un fin duradero, no un fin más o menos inmediato como pretende la herencia de confianza. Puede hacerlo nombrando sustitutos a los herederos de confianza, o fijando la forma de hacer las sucesivas sustituciones o facultando a los herederos primeros o sucesivos para hacer ulteriores nombramientos. La titularidad de los bienes es siempre de la herencia de confianza y los sucesivos cambios de fiduciarios no implican transmisión de bienes. Al extinguirse, en defecto de reglas del testador, se defiende la sucesión a favor de los más próximos parientes del testador que serían sus herederos legales en el momento de tal extinción. Esta fiducia continuada es otra opción a la designación de persona jurídica. Se acerca a una fundación de interés particular, aunque en el contexto prohibitivo que impera quizá haya que exigir una conexión con un fin de interés general.

Y finalmente la Compilación contiene una breve e incompleta regulación de los albaceas en las leyes 296 a 299. Pueden ser singulares (para actos determinados, con sólo las facultades necesarias para el cumplimiento de tal misión) o universales. En este último caso tendrán las facultades que haya señalado el testador y, salvo disposición de éste, las que señala la ley 296, entre las que están la administración de la herencia y en general la ejecución de la última voluntad. El plazo lo fija libremente el causante y lo podrá prorrogar sin limitación.

Esta regulación se mantuvo en la reforma introducida por la Ley 1 de abril de 1987. El único cambio respecto de lo antes reseñado es que la designación de fiduciario-comisario (sólo en este caso) a favor del cónyuge viudo quedará sin efecto por sentencia firme de nulidad, separación o divorcio.

En resumen, el Derecho navarro contiene una amplia regulación de instituciones de confianza. La fiducia se admite sin limitaciones subjetivas, aunque desde el punto de vista objetivo es algo menos extensa que la aragonesa y en todo caso tiene que ejercerse dentro de los límites de la delegación (límites que ésta deberá señalar). La herencia de confianza, en cambio, admite más posibilidades de configuración que ningún otro Derecho

español. En el fideicomiso se permite la elección de fideicomisarios, pero dentro de los límites fijados por el causante. El albaceazgo tiene, en cambio, una breve regulación y tampoco es muy usado.

No ha habido innovaciones de relieve en ninguna de estas figuras desde 1973.

Derecho de la Tierra Llana de Vizcaya.

El Derecho foral vizcaíno regula el poder testatorio, así como la consiguiente actuación del comisario en ejercicio de las facultades conferidas.

Esta figura se recogió por primera vez en el Fuero Viejo, de 1452 (capítulo 127), como institución de práctica consuetudinaria, que permitió dar poderes a parientes, cónyuge o amigos para hacer el testamento y nombrar herederos (“para dar e distribuir e partir entre sus herederos todos sus bienes”). Concede amplias facultades para ordenar la sucesión, y no sólo a parientes sino también a extraños. El Fuero Nuevo, de 1526, también lo reguló (ley 3 del título XXI), reconociendo la costumbre preexistente, pero presenta alguna influencia de las Leyes de Toro, aunque reacciona frente a las restricciones que había impuesto la ley 31, pues permite que la institución de heredero que haga el comisario valga aunque el testador “no haya nombrado ni declarado a cual de sus hijos o descendientes o sucesores le hayan de heredar, o los comisarios nombrar, y elegir”.

Esta normativa fue recogida por la Compilación de 1959 (arts. 15 a 20), que se refirió tanto al poder testatorio (acto de delegación de facultades) como al testamento por comisario (que es la ejecución del encargo recibido), pero sin establecer una regulación separada de cada uno. Interesa destacar lo siguiente:

El comisario puede ser cualquier persona (no es necesario ser cónyuge ni que haya vínculo de parentesco) y tiene amplias facultades, pues el art. 15 dice “designación de heredero, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan (al testador) en orden a la transmisión sucesoria de los mismos”. Es decir, puede tener tal amplitud de facultades que se coloca en posición parecida a la del causante, aunque sólo en la esfera patrimonial. Téngase en cuenta, en todo caso, que en el Derecho foral hay troncalidad y legítima larga, pero electiva, de forma que el causante puede elegir y disponer libremente (incluso respecto de los bienes troncales) entre sus hijos y descendientes.

Pueden nombrarse uno o varios comisarios, y en este último caso actuarán por mayoría salvo que del testamento resulte otra cosa. El comisario tiene que atenerse a lo establecido en el testamento y “en su defecto, tendrá

las facultades que al testador correspondan según los preceptos de esta Ley”. No podrá revocar el testamento del comitente, en todo o en parte, a menos que el testador le hubiera especialmente autorizado para ello (art. 17). El cargo es gratuito y las facultades son personalísimas e intransferibles. Sólo puede nombrarse comisario en testamento, si bien los cónyuges pueden nombrarse recíprocamente comisarios en capitulaciones. El comisario puede cumplir su encargo por acto entre vivos o en testamento ad hoc, si bien el cónyuge sobreviviente puede hacerlo en su propio testamento pero sólo respecto de los hijos comunes. El encargo tiene que cumplirse en un solo acto (salvo si hay hijos menores, pues en este caso puede hacerse a medida que se casen o alcancen la mayor edad) es siempre irrevocable y tiene que hacerse dentro del plazo señalado por el testador (plazo al que la Ley no fijó ningún límite). Si el testador no fijó plazo, será de 1 año desde el fallecimiento del testador (en su caso, desde el matrimonio o mayor edad del más joven de los presuntos herederos).

La Ley 3/1992 de 1 de julio ha mantenido casi todo lo anterior, si bien ha ampliado la regulación. Destacamos lo siguiente:

Los cónyuges pueden nombrarse comisarios no sólo en capitulaciones, sino también en pacto sucesorio (pero siempre ante Notario). A la designación entre cónyuges se le da el nombre tradicional de alkar-poderoso, aunque la doctrina ha apuntado que esto sólo debe ser así cuando al viudo se le haya atribuido también el usufructo universal. El comisario podrá adjudicarse a sí mismo los bienes que le pudiese haber atribuido por testamento el causante, así como los que le corresponderían en caso de sucesión intestada o a falta de ejercicio del poder testatorio. Aunque el ejercicio del cargo sigue siendo personalísimo, el comisario podrá designar albacea y contador partidor (cargos que no eligen sucesor ni distribuyen los bienes a su arbitrio). Tiene la representación y administración de la herencia, si no hay persona designada ni cónyuge sobreviviente. Pero tiene que realizar inventario de la herencia y no tiene poder de disposición sobre los bienes. Es decir, por el mero hecho de ser comisario (al igual que en la Ley de 1959) no tiene la condición de sucesor del causante ni tiene titularidad ni facultades sobre los bienes hereditarios.

Aunque las facultades del comisario no exceden de lo patrimonial, se le impone la obligación de promover la tutela o curatela de descendientes menores o incapacitados (art. 42).

Respecto del plazo de ejercicio, se dice que si el comisario fuere el cónyuge “el poder podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviere”. Se mantiene la regla de la irrevocabilidad del acto de ejercicio de la delegación, pero el cónyuge sobreviviente, al disponer a favor de hijos

comunes, puede dar carácter revocable de manera expresa a tal disposición hecha en testamento. La regla de la irrevocabilidad apenas se ha flexibilizado, lo que puede dar problemas, especialmente si aparecen bienes antes ignorados o cambian las circunstancias personales de los sucesores.

Y se regulan las causas de extinción. Entre ellas, la presentación de demanda de separación, divorcio o nulidad después de otorgado el poder testatorio, o si el cónyuge comisario contraer ulteriores nupcias, lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial salvo que el testador hubiese dispuesto lo contrario, o si el comisario incurre en causa de indignidad para suceder.

En resumen, la figura del comisario se ha regulado con gran amplitud subjetiva, pues no hay limitaciones respecto de la persona del comisario ni respecto de los beneficiarios, aunque deben tenerse en cuenta las limitaciones derivadas de las legítimas, reservas y troncalidad. El ámbito objetivo es amplísimo, más que en Navarra y casi como en Aragón, ya que abarca toda la esfera patrimonial, aunque no tanto como en este último Derecho, pues apenas hay posibilidades de actuación en la esfera personal.

No se contempla la herencia de confianza ni hay regulación de fideicomisos ni albaceas, por lo que en estas materias se aplican las reglas del CC.

La evolución legislativa no ha traído grandes innovaciones sino detalles más bien técnicos.

Derecho de la Tierra de Ayala.

El Derecho histórico fue desde el año 1470 el Derecho castellano, al igual que en el resto de la provincia (salvo los municipios de Llodio y Aramayona, en que rige el Fuero de Vizcaya), por lo que el poder testatorio y el testamento por comisario fueron conocidos y vividos. La Compilación de 1959 sin embargo no se refirió a ellos, por lo que fue objeto de críticas, que dieron su fruto, pues la Ley de 1 de julio de 1992 ha acogido esta institución, que ha denominado “usufructo poderoso” y regulado en los artículos 140 a 145.

Esta figura es mucho más limitada que el poder testatorio vizcaíno o del antiguo Derecho castellano. La delegación de facultades sólo puede realizarse a favor de un usufructuario. Quizá se está pensando en el cónyuge a quien se le deja el usufructo universal, pero la Ley no lo dice, por lo que podrá constituirse a favor de cualquier persona. En esto se parece al distribuidor mallorquín. Los beneficiarios, por su parte, sólo pueden ser hijos o descendientes del constituyente del usufructo. Según el art. 140, el usufructuario tiene “la facultad de disponer a título gratuito, inter vivos o mortis causa, de la totalidad o parte de los bienes, a favor de todos o alguno

de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo”. El constituyente puede señalar las personas entre las que el usufructuario pueda designar beneficiarios, y “ampliar, restringir o concretar su contenido”. Es un derecho personalísimo (art. 142) y “no podrá ser enajenado ni gravado por ningún título, salvo autorización del constituyente”.

La Ley no menciona el título por el que se constituye el usufructo, por lo que parece que no sólo puede ser el testamento (y testamento de cualquier tipo, no sólo ante Notario). Tampoco se establecen plazos para el ejercicio de la delegación, por lo que quedará al arbitrio del causante.

En todo caso, no se olvide que el contexto normativo en el Derecho de la Tierra de Ayala es de libertad de testar, sin legítima material, aunque es verdad que la libertad se ha usado tradicionalmente para favorecer la familia, por lo que también podría decirse que la libertad de testar es el medio jurídico que ha existido para cumplir esa finalidad; diferente de otros Derechos, pero con una finalidad análoga.

No hay otras instituciones de confianza en el Derecho de la Tierra de Ayala, por lo que, aparte lo comentado, rige respecto de ellas el CC.

Derecho de Guipúzcoa.

La Compilación de 1959 no contenía normas aplicables en Guipúzcoa.

La Ley de 1 de julio de 1992 contiene una regulación relativa a la ordenación del caserío y sus pertenecidos, para favorecer su conservación indivisa, en un sistema sucesorio que es del Código Civil (de legítima material individual), pero con una importante peculiaridad. Obsérvese en todo caso que la Ley vasca es posterior a la reforma del art. 831 CC por la Ley 13 mayo de 1981, pero anterior a la de 18 de noviembre de 2003 y también anterior a la reforma del art. 1056 CC por la ley de 1 de abril de 2003. La peculiaridad es que la asignación del caserío y sus pertenecidos por el causante a un heredero forzoso (o descendiente de éste) excluye el valor de lo asignado de la base para el cómputo de las legítimas (art. 156). En esto hay una gran diferencia con el art. 831 CC.

Esta regulación vasca permite la ordenación por comisario (arts. 164 a 171), pero el cargo sólo puede recaer en el cónyuge. Sin embargo, el objeto se dice (art. 164) que no es sólo el caserío y sus pertenecidos, sino “este encargo podrá comprender también el resto de su patrimonio”, norma ésta cuando menos sorprendente, pero que no toca ahora comentar.

El causante tiene que haber señalado el grupo de personas entre las que ha de efectuarse la designación o en su defecto tiene que haber dejado herederos forzosos, en cuyo supuesto la elección se limita a éstos y a sus

descendientes (aunque viva el ascendiente). Como se ve, el ámbito de actuación del cónyuge es –al menos teóricamente– más amplio que el permitido por el art. 831 (hijos o descendientes comunes). La atribución del caserío por el comisario también lo excluye del cómputo legitimario (art. 164).

El poder testatorio tiene que otorgarse en testamento abierto ante Notario o en escritura pública que no sea de testamento, la cual podrá ser (aunque no sólo) de capitulaciones.

Respecto de la actuación del comisario, reseñamos lo siguiente: tiene que atenerse a las instrucciones del causante, en otro caso tiene las mismas facultades que hubieran correspondido al causante, pero no podrá revocar en todo o parte el testamento del causante si no hubiera sido expresamente autorizado para ello. Sólo es administrador del caudal si no hay persona designada por el causante para ello. El plazo para usar el poder es el que fije el causante. Si el cónyuge es usufructuario vitalicio podrá ser por toda su vida “respecto a los bienes a que alcance el usufructo”. En otro caso, si el causante no fijó plazo, tendrá el de un año desde la muerte o en su caso desde la mayor edad o emancipación del sucesor más joven. La ejecución debe hacerse en escritura pública; si se refiere a bienes objeto de usufructo vitalicio y no tiene señalado un plazo más breve, también podrá hacerlo en su propio testamento (parece que no puede hacerlo en otro testamento). La ordenación en escritura es irrevocable y la hecha en testamento es siempre revocable. Se extingue por las mismas causas que prevé el Derecho de la Tierra Llana vizcaína.

En las demás figuras jurídicas objeto de este trabajo, rige el CC. La evolución legislativa, como se ve, también ha sido favorable a la fiducia.

Finalmente diremos que según la Ley vasca de parejas de hecho (Ley 2/2003, de 7 de mayo) las parejas de hecho inscritas están equiparadas a las casadas en cuanto al régimen sucesorio, y “en función del Derecho foral aplicable en cada caso” podrán nombrarse recíprocamente comisario en testamento o pacto sucesorio, como expresamente dice el art. 9.

Derecho de Galicia.

Concluimos el repaso de los Derechos civiles españoles con una mención al Derecho de Galicia. La Compilación de 1963 no contenía normas de Derecho sucesorio. Tampoco la Ley 7/1987, de 10 de noviembre.

La Ley de 24 de mayo de 1995 reguló por primera vez el testamento por comisario y en materia de partición se refirió a la figura del contador-partidor. Se trata de una regulación ya derogada, por lo que nos limitamos a reseñar lo siguiente:

El testamento por comisario se regulaba en los arts. 141 a 143. En testamento o capitulaciones se podía nombrar heredero al cónyuge para distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes (sin perjuicio de las legítimas y mejoras dispuestas por el causante). El cargo era indelegable y se perdía al contraer nuevas nupcias. El plazo era de un año desde la apertura de la sucesión o desde la emancipación del último de los hijos comunes.

El art. 159 también previó la posibilidad de encomendar al cónyuge, en testamento o en otro documento público, la facultad de hacer la partición de la herencia (“partija”) a quien no sea partícipe. También podía nombrarse al cónyuge al que se hubiese asignado además el usufructo total (sic) de viudedad y delegar además en él la facultad de mejorar a hijos o descendientes comunes. Se extinguía la delegación si perdía la condición de viudedad. El plazo era de un año desde la apertura de la sucesión o desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Los artículos 160 a 63 regularon brevemente algunos aspectos de la figura del contador partidor nombrado por el causante; en especial, la forma de actuación cuando había varios nombrados.

La Ley 2/2006, de 14 de junio ha regulado ampliamente las sucesiones mortis causa y dedica sus artículos 196 a 208 al testamento por comisario. También contiene una regulación de la partición de la herencia por contador-partidor (arts. 283 a 293).

La regulación del testamento por comisario puede resumirse así: la delegación puede hacerse en testamento o capitulaciones. Sólo puede hacerse por un cónyuge a favor del otro. El contenido puede ser tanto la facultad de designar heredero o legatario, pero sólo entre hijos o descendientes comunes, como la de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán. Parece que la asignación de bienes sólo puede producirse dentro del ámbito de los hijos o descendientes comunes.

Sobre el ejercicio de la delegación hay las siguientes reglas: puede hacerse por actos entre vivos, en cuyo caso son irrevocables, o mortis causa (aunque no hace falta un testamento ad hoc), en cuyo caso son revocables. Tiene que respetar las legítimas y todas las disposiciones del causante. El cónyuge es administrador de toda la herencia mientras no haya ejercitado la delegación, y puede disponer del dinero de cuentas para pagar gastos de entierro y funeral y las deudas. Salvo que el causante haya señalado plazo, el cónyuge podrá ejercitar la delegación mientras viva. Se extingue la delegación en caso de nuevo matrimonio (salvo dispensa del causante), por la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio y por la separación de hecho que conste de modo fehaciente.

Como se ve, la evolución de la regulación ha sido claramente favorable de la fiducia sucesoria. Se ha ampliado considerablemente las facultades del fiduciario y se ha dado una regulación de diversos detalles. Fuera de esta figura, rige el CC.

Finalmente diremos que en el Derecho gallego, el contexto legitimario es de legítima material individual, pero reducida desde la reforma de 2006 a una cuarta entre todos los legitimarios, que además ha cambiado su naturaleza a un derecho de crédito (art. 249).

Antes de examinar algunos Derecho extranjeros, volvemos a lanzar una mirada rápida al ámbito de las instituciones de confianza en los Derechos españoles:

En el territorio donde rige el Código Civil como Derecho directamente aplicable, la herencia o legado de confianza no se permiten en ninguna de sus posibles formas (incluso anulan la institución o legado) pero la fiducia sucesoria se permite en el caso del art. 831 CC: al viudo –desde el año 2003, entre progenitores aunque no estén casados– para ser usada a favor de los hijos comunes con la posibilidad de distribuir bienes y disponer legados, llevando inherente la administración del caudal, pero sin ir vinculada a la condición de heredero o legatario. En los fideicomisos no cabe elección de fideicomisarios por el fiduciario. El albacea sólo puede considerarse fiduciario (y aun así, con una cierta licencia en el uso de esta palabra) en los casos expresamente previstos de disposiciones a favor del alma, parientes o pobres.

En el Derecho de Cataluña se admite la herencia de confianza, incluso puede prohibirse la revelación, pero se exige siempre que el heredero o legatario de confianza sea persona física y resulte designado por su nombre por el causante; la fiducia se admite con una limitada extensión subjetiva y objetiva (que además ha de respetar la legítima material individual), que no va unida a la condición de heredero ni legatario ni tiene per se la administración del caudal relicto; en los fideicomisos cabe la elección de fideicomisarios por el fiduciario; el albacea no puede considerarse como figura de confianza, salvo el albacea universal, que es poco utilizado.

En el Derecho de Mallorca y Menorca, la única figura regulada es un supuesto de fiducia, de ámbito subjetivo amplio, pues puede ser cualquier persona, aunque sólo puede ser usada a favor de parientes del causante o del propio distribuidor. El ámbito objetivo es patrimonial (no se extiende a lo personal) y puede ser tanto instituir heredero como disponer a título particular y distribuir bienes, aunque siempre limitado por la legítima

material individual. El distribuidor tiene que tener la condición de heredero o legatario, no en sentido formal. Tiene la administración del caudal relicto. No se prevé en la regulación de fideicomisos que el fiduciario pueda designar fideicomisarios, ni se regula la herencia de confianza ni el albaceazgo, por lo que en estas materias rige el CC.

En el Derecho de las Pitiusas, la única figura regulada es también un supuesto de fiducia, de ámbito subjetivo limitado, pues sólo puede ser a favor del cónyuge (salvo la designación en pacto sucesorio, que en teoría puede ser a favor de cualquier persona) y para ser usada sólo a favor de descendientes comunes, pero de ámbito objetivo amplísimo, que abarca todo lo patrimonial sin limitación, con respeto de la legítima material individual. Por esto último no acabamos de comprender la postura de algún autor (Garrido Melero) que ha escrito que “el cónyuge fiduciario ibicenco es similar al cónyuge fiduciario catalán”²³. No va vinculada a la condición de heredero ni legatario ni tiene per se la administración del caudal relicto. En las demás materias objeto de este trabajo, rige el CC.

En el Derecho de Aragón no se admite la herencia o legado de confianza y en materia de fideicomisos rige el CC, así como, salvo algunas particularidades, en cuanto al albaceazgo. Sin embargo, se admite una fiducia sucesoria sin limitaciones subjetivas (ni en cuanto a fiduciario ni a beneficiarios) ni objetivas, por lo que el fiduciario queda colocado, salvo limitaciones impuestas por el causante, prácticamente en la misma posición jurídica de éste. No va unida a la condición de heredero o legatario, pero el fiduciario tendrá la administración del caudal relicto si no hay cónyuge sobreviviente que administre.

En el Derecho de Navarra se admiten todas las instituciones que estamos comentando en este trabajo. La fiducia no tiene limitaciones subjetivas ni en cuanto al fiduciario ni en cuanto a los beneficiarios y presenta un ámbito objetivo muy amplio, que puede abarcar todo lo patrimonial, en cuando el causante lo haya delegado; no va unida a la condición de heredero ni legatario ni da per se la administración del caudal relicto; la herencia de confianza se admite en términos más amplios que en Cataluña, pues se puede encomendar a personas jurídicas y puede establecerse con carácter continuado, sin límite temporal, así como prohibirse su revelación; en los fideicomisos se permite la elección de fideicomisarios, pero dentro de los límites fijados por el fideicomitente; y se admite el albaceazgo universal.

En el País Vasco hay que distinguir el territorio de Derecho común, la Tierra Llana Vizcaína, la comarca de Ayala y el territorio de Guipúzcoa. En

23 - Garrido Melero, op. cit., página 987 del tomo V, vol. I.

todos estos ámbitos se aplica el sistema del CC en cuanto a fideicomisos, albaceas y herencia de confianza. Las peculiaridades se encuentran en la fiducia sucesoria. En el Derecho de la Tierra Llana vizcaína se regula un poder testatorio sin límites subjetivos y con un ámbito objetivo amplísimo, pues abarca todo lo patrimonial aunque no lo personal, si bien tiene que respetar la troncalidad; no va unida a la condición de heredero ni legatario ni tiene en principio la administración del caudal. En el Derecho de la Tierra de Ayala se regula desde 1992 una delegación sucesoria con un ámbito subjetivo limitado, pues va vinculada al usufructo universal (aunque no tiene por qué ser al cónyuge) y sólo puede usarse a favor de hijos del causante; pero el ámbito objetivo abarca todas las facultades dispositivas sobre el caudal relicto. En Guipúzcoa se permite desde el año 1992 una delegación de ámbito subjetivo muy limitado (a favor de sólo el cónyuge, sólo a favor de un legitimario) y sólo sobre el caserío (aunque teóricamente se permite también sobre el resto del patrimonio), aunque –caso único en España– el ejercicio de la delegación no se ve afectado por la legítima material individual; no va vinculada a la condición de heredero ni legatario ni otorga per se la administración.

En el Derecho de Galicia se ha admitido una fiducia sucesoria (testamento por comisario) desde 1995. El ámbito subjetivo es muy limitado: sólo puede conferirse al cónyuge y sólo puede usarse a favor de los hijos comunes. El ámbito objetivo es amplio, pero no se coloca en la posición del causante, pues sólo puede instituir herederos o legatarios y “asignar bienes concretos”. No va unido a la condición de heredero ni legatario pero sí tiene la administración del caudal relicto. En las demás figuras objeto de este trabajo, rige el sistema del CC.

Como se ve, en materia de fideicomisos y albaceazgo se aplica un mismo Derecho en casi todos los territorios. Las diferencias se dan en los Derechos catalán y navarro porque se permite que el fiduciario elija fideicomisarios, aunque es raro que se conceda esta facultad en la práctica. El albaceazgo universal se regula sólo en los Derechos catalán y navarro, pero es posible en todos los Derechos; es una figura jurídica que tampoco tiene mucha aplicación, ni siquiera el albacea especial. La herencia de confianza sólo se admite en Cataluña y Navarra, lo cual es una gran diferencia con el resto de los Derechos, pero es una figura jurídica que se usa poco (se usa más en Navarra que en Cataluña).

En cambio, todos los Derechos civiles españoles, incluido el CC, regulan algún tipo de fiducia sucesoria, aunque hay grandes diferencias en cuanto a la extensión subjetiva y objetiva y en cuanto al régimen jurídico. En una simplificación quizá excesiva podríamos decir que son figuras parecidas de fiducia sucesoria la del CC (art. 831) y la del Derecho gallego y, por otro

lado, la del Derecho de Mallorca-Menorca y la de la comarca de Ayala (únicos casos éstos últimos en que va vinculada a una titularidad sucesoria). En los restantes Derechos, cada regulación tiene particularidades propias: la de Guipúzcoa es de ámbito limitado; la de Cataluña es más amplia; las de Navarra, Vizcaya y Aragón (especialmente ésta) son de extensión muy amplia, en todos los sentidos; la de las Pitiusas es de ámbito subjetivo limitado pero de extensión objetiva muy amplia.

La evolución legislativa de las últimas décadas no ha tocado (en los puntos que comentamos en este trabajo) la regulación de fideicomisos y albaceas, salvo la eliminación del fideicomiso puro en Cataluña, que no acertamos a entender; tampoco la de la herencia de confianza, salvo ligeros retoques allí donde ya se admitía; en cambio ha ampliado la extensión de las fiducias sucesorias (2003 el CC; 1995 y 2006 Galicia; 1992 el País Vasco; 1999, Aragón y Cataluña) o al menos la ha mantenido e intentado mejorar (1973 y 1987, Navarra; 1990, Baleares).

V.- Panorama de Derecho extranjero.

A continuación se examinan las instituciones análogas de algunos Derechos de nuestro entorno, para ver sus rasgos básicos y la evolución que ha tenido su regulación en los tiempos recientes.

Derecho francés.

Regla: el testamento es un acto personal del testador, igual que las liberalidades entre vivos.

En el CC francés no encontramos reglas tan taxativas como los artículos 670 y 671 del CC español, pero no se admite la delegación sucesoria ni la herencia de confianza. Una regla prohibitiva tajante la hay sólo referida al testamento mancomunado (art. 968). El carácter personalísimo del testamento se deduce de los trabajos preparatorios del Código y la jurisprudencia lo ha basado también en la propia ordenación que el CC hace de los requisitos del testamento, tanto formales como materiales.

El primero de los artículos que el CC dedica a los testamentos, el 967, dice “Toda persona podrá disponer por testamento, ya mediante la institución de heredero ya mediante legados ya bajo cualquier otra denominación adecuada para manifestar su voluntad”. Previamente, en la regulación general de los actos a título gratuito, encontramos el art. 895 que dice “el testamento es un acto por el cual el testador dispone, para el momento en que ya no exista, de todo o parte de sus bienes...y que puede revocar”. Estas reglas subsisten desde

la primera redacción del Código, con un leve retoque realizado por la Ley de 23 de junio de 2006, que por otro lado ha modificado profundamente todo el Derecho de sucesiones.

La jurisprudencia ha interpretado, hasta donde ha podido, incluso con pruebas extrínsecas al testamento, la voluntad del testador en casos en que la designación de sucesor, ya a título universal o particular, había quedado indeterminada, pero ha mantenido que el testador tiene que designar por sí mismo los herederos y legatarios y no puede encomendar esta tarea a la decisión de un tercero, que sería en tal caso el verdadero disponente. Esto no quiere decir que el testador esté obligado a escribir en el testamento el nombre del sucesor, pues puede limitarse a designarlo por una cualidad, o hacer depender la designación de un acontecimiento futuro o del cumplimiento de una condición pero en todos los casos es necesario que la designación sea suficientemente precisa para manifestar la voluntad del propio testador. Afirmaciones como ésta se han recogido en sentencias de la Sala Civil de la Corte de Casación de 12 de agosto de 1863, 25 de noviembre de 1952 y 8 de noviembre de 2005. Esta última declaró nulo un testamento que confiaba a un notario ordenar la sucesión y simplemente decía: “Este es mi testamento. No quiero que mi familia se beneficie de lo que tengo. Le encargo a Vd. disponer a favor de quien Vd. quiera. Pongo en Vd. mi confianza”.

También se ha sostenido por tratadistas doctrinales relevantes que el carácter personal del testamento implica que el testador tiene que designar él mismo a los beneficiarios, tesis ésta que puede considerarse abrumadoramente mayoritaria.

No obstante, hay un sector que ve con buenos ojos, de lege ferenda, permitir la delegación sucesoria dentro de ciertos límites. Una proposición de ley en la fase de elaboración de la Ley de 23 de junio de 2006 decía: “El testador puede encomendar a uno de sus herederos o legatarios o al ejecutor testamentario, la tarea de determinar los beneficiarios de sus disposiciones, siempre que éstos deban ser elegidos dentro de una categoría de personas físicas o jurídicas que el disponente haya definido o por un modo de designación que haya fijado”. Sin embargo no pasó al texto definitivo de la Ley.

En todo caso, la doctrina ha considerado la reforma de 2006 como especialmente favorecedora de la voluntad individual en detrimento del orden público sucesorio. Un avance de los derechos del propietario frente a los derechos de personas vulnerables integrantes de la familia (así se ha escrito por más de un autor).

Distinto es el caso de disposiciones con carga (modales) consistente en beneficiar a personas desconocidas del testador al tiempo de testar (por ejemplo, a personas que realizaran determinadas tareas, o consiguieran

ciertos premios), que se han considerado admisibles.

La determinación se ha exigido igualmente respecto de los objetos de las disposiciones testamentarias. Se ha aceptado, al igual que en los sujetos, que el objeto no quede determinado pero sea determinable. Pero se ha rechazado que el testador encomiende al executor testamentario la facultad de apreciar si un legado tenía que entregarse o no en su totalidad (SCC 6 marzo 1984).

Libéralités graduelles (arts. 1048 a 1074).

El fideicomiso universal era una de las instituciones civiles más discutidas en la política jurídica de principios del XIX. Se había usado para mantener indivisos los grandes patrimonios familiares y en general se defendían por quienes querían mantener la estructura social del Ancien Régime. Por eso mismo fue combatida por los revolucionarios, que propugnaban una división siempre repetida de las herencias para impedir el mantenimiento de los grandes patrimonios y promover la igualdad de hecho (lo que iba en la línea de las legítimas materiales individuales y la colación entre coherederos); además las vinculaciones se estimaban contrarias a la libertad del tráfico jurídico-económico. Durante el S. XIX se sucedieron las prohibiciones y restauraciones del fideicomiso universal en el CC.

El CC, en la redacción que viene de la 2ª República, contenía una regla prohibitiva de los fideicomisos en su art. 896: “Las sustituciones están prohibidas. Toda disposición por la cual el donatario, el heredero instituido o el legatario es encargado de conservar y restituir a un tercero será nula, incluso respecto del propio donatario, del heredero instituido o del legatario”. No obstante, el art. 898 admitía (y sigue admitiendo hoy) la sustitución en los casos en que el donatario, heredero o legatario no podía adquirir; es lo que llamaríamos sustitución vulgar, que el art. 898 dice que “no será considerada sustitución”.

Como se ve, se refería tanto a disposiciones a título universal como sobre bienes singulares. Se trataba de una nulidad de orden público, insanable, ni aun por declaración del tercero beneficiario (fideicomisario) eximiendo al gravado de la obligación de conservar y restituir. Se basaba principalmente en el inconveniente económico de colocar bienes fuera del comercio y crear situaciones de manos muertas. Entraña por tanto (y sólo) la nulidad de la cláusula relativa a los bienes a que se refiere (SCC 27 junio 1894, 6 junio 1961) salvo que la cláusula de sustitución forme con el conjunto de las disposiciones testamentarias un todo inescindible (SCC 6 junio 1961). La jurisprudencia entendió que el simple ruego o recomendación expresada por el testador a su sucesor para que dispusiera en beneficio de un tercero de bienes heredados no es una sustitución prohibida. También había admitido,

aunque esto resulta un poco sorprendente, la validez de la cláusula de residuo (SCC 31 enero 1995) pues el primer instituido conserva sus facultades dispositivas.

Sólo se exceptuaban determinadas disposiciones entre padres e hijos y entre hermanos, reguladas en los antiguos artículos 1048 a 1074: los padres podían imponer la sustitución en los bienes dados a sus hijos por actos entre vivos o por testamento con la carga de transmitirlos a los hijos de éstos (nacidos o nacerlos) pero sólo del primer grado y sin poder establecer ningún distinción ni preferencia entres éstos por razón de edad o sexo. Y lo mismo podía hacerse en los bienes dados por dichos títulos a los hermanos del disponente.

La gran reforma del Derecho de sucesiones operada por la Ley de 23 de junio de 2006 (en vigor desde el 1 de enero de 2007) ha dado nueva redacción a este artículo 896, que ahora dice: “La disposición por la cual una persona queda encargada de conservar y restituir a un tercero sólo produce efecto en los casos en que está autorizada por la Ley”. Esto en sí mismo no significa demasiado, pero se ha dado nueva redacción a todo el capítulo que antes llevaba por título “disposiciones permitidas a favor de nietos del donante o testador o de los hijos de sus hermanos o hermanas” (arts. 1048 a 1074) y ahora “De las liberalidades sucesivas y de residuo”. Las palabras “liberalidades sucesivas” es el equivalente a sustitución fideicomisaria, expresión ésta que no se ha querido usar.

El nuevo Derecho permite expresamente que el donatario o sucesor testamentario quede sujeto a la conservación de los bienes y tenga que transmitirlos, a su muerte, a un segundo beneficiado designado por el primer disponente en el mismo acto. No puede haber ulteriores designados, pero si los hay, la cláusula –a diferencia del Derecho anterior a 2006– no es nula, sino que es válida en cuanto a la sustitución del primer grado. El primer beneficiario, a salvo estas obligaciones, tiene la condición de propietario y el segundo beneficiario sólo tiene un derecho eventual, aunque algunos hablan de propiedad sujeta a condición.

Y también se permite expresamente, en las liberalidades entre vivos y por testamento, que una persona pueda adquirir el residuo tras la muerte del primer beneficiado, que no limita las facultades de disposición de éste por actos a título oneroso entre vivos, pero que le impide disponer por testamento, si bien el disponente puede ordenar que tampoco pueda disponer por actos entre vivos a título gratuito.

Pero, por lo que ahora nos afecta, no hay en todo esto nada que permita delegar en un tercero la designación de beneficiario ni ningún otro aspecto de la sucesión. Además obsérvese que en las liberalidades sucesivas la

restitución al “fideicomisario” sólo puede producirse por muerte del primer llamado, por lo que difícilmente cabría usar esta figura para las finalidades que se pretenden conseguir con una herencia de confianza o una fiducia sucesoria, especialmente en este último caso si el primer llamado no ha de tener derechos sobre los bienes relictos.

El ejecutor testamentario (arts. 1025 a1034).

Toda la regulación sobre el ejecutor testamentario ha sido redactada de nuevo por la Ley de 23 de junio de 2006, aunque los cambios no son significativos y han consistido principalmente en darle más facultades. De la regulación vigente, reseñamos:

El testador puede nombrar uno o varios ejecutores testamentarios para supervisar o realizar la ejecución de su última voluntad. El testador fija libremente su manera de actuar; en caso contrario, cualquiera por sí solo puede actuar.

Tiene por Ley la facultad de defender la validez del testamento, de tomar cuantas medidas de conservación de los bienes sean necesarias, así como vender muebles para pagar las deudas urgentes. El testador puede facultarle para tomar posesión de todos los bienes muebles y venderlos para pagar legados; como novedad de la reforma de 2006, también, en defecto de legitimarios, le puede autorizar para disponer de todo o parte de los inmuebles (informando previamente a los herederos), colocar capitales, pagar las deudas y realizar la partición. El plazo de actuación lo fija el testador, pero no puede exceder de 2 años desde la apertura del testamento; el juez puede prorrogarlo un año más.

El ejercicio del cargo se ha entendido por la jurisprudencia anterior a la Ley de 2006 que es personal, de forma que no cabe la delegación salvo que el testador lo haya autorizado. El CC decía simplemente que las facultades del ejecutor no pasan a sus herederos, regla que la Ley de 2006 ha cambiado ligeramente, diciendo que tales facultades no son transmisibles por causa de muerte.

Como vemos, si no hay herederos forzosos, el causante puede configurar el cargo como un auténtico albacea universal, incluso para la conversión dineraria de todo el patrimonio relicto.

El mandato post mortem.

Una novedad de la reforma de 2006 ha sido la figura del mandato post mortem, antes desconocida legalmente, regulado ahora en el art. 812 CC, aunque es menos de lo que parece, pues el nombre podría dar a entender

que nos encontramos ante un auténtico poder testatorio. Es un administrador de la parte que corresponde a uno o varios herederos, sin perjuicio de las facultades, en su caso, del ejecutor testamentario, ya que pueden darse ambos cargos a la vez, pues tienen distintas funciones.

Lo puede designar cualquier persona. Puede ser mandatario cualquier persona física o jurídica, una o varias, incluso puede serlo un heredero. Tiene que ser aceptado por el mandatario antes de la muerte del mandante y tanto el poder como la aceptación tienen que constar en forma auténtica (o sea, ante Notario).

Su función es administrar y gestionar, sin perjuicio de las facultades confiadas al ejecutor testamentario, todo o parte de la sucesión por cuenta e interés de uno o varios herederos identificados. No despliega su eficacia en vida del mandante. El mandato sólo es válido, sin embargo, si está justificado por un interés serio y legítimo en relación a la persona del heredero o al patrimonio hereditario, y ello tiene que motivarse con precisión. Ha sido especialmente concebido para resolver las dificultades de gestión en los casos de sucesión de empresas o patrimonios complejos, especialmente si hay discapacitados, menores de edad o personas sin aptitud para dirigir tales negocios o patrimonios. Despliega sus efectos incluso sobre la legítima y priva siempre al heredero de realizar por sí los actos objeto del mandato (Leroyer)²⁴; no son objeto del mandato los actos dispositivos. Se discute doctrinalmente si el mandante puede conferir al mandatario poderes de disposición (de la tramitación legislativa parece que los actos de disposición necesitaban autorización judicial).

Su actuación se rige por las normas del contrato de mandato (entre vivos) que no resulten incompatibles con las del mandato post mortem.

Se trata, pues, de un cargo con eficacia limitada, que no sustituye al heredero y que sólo permite realizar actos de administración. No obstante, la actuación por cuenta de otro y la inexistencia de representación del mandante han permitido a autores como Grimaldi de calificar esta figura como “contrato fiduciario”²⁵. Exige además que el heredero haya aceptado la herencia, pues en otro caso el mandatario sólo puede realizar actos conservativos. Su actuación no puede tener influencia en la aceptación o repudiación por el heredero. Por el contrario, ejerce sus funciones aunque el heredero sea menor o incapacitado y tenga representante legal.

Ejerce el cargo por un máximo de dos años (5, por razón de la incapacidad o edad del heredero), prorrogable por el Juez por una o más veces.

24 - Leroyer, op. cit., páginas 325-326.

25 - Grimaldi, op. cit, cap. 1, página 3.

El CC regula a continuación dos figuras con función similar a ésta: el mandatario designado por común acuerdo de los herederos para administrar la sucesión (art. 813) y el mandatario designado por el Juez a petición de persona con interés legítimo, para administrar provisionalmente la sucesión en determinados casos como inactividad de los herederos, desacuerdo, oposición de intereses entre ellos o complejidad de la sucesión (art. 814).

Sus funciones son en ambos casos meramente de administración, por lo que no vamos a entrar en más comentarios. No puede hablarse aquí propiamente de fiducia sucesoria.

En definitiva, el Derecho francés no admite ninguna fiducia sucesoria ni tampoco la herencia o legado de confianza. Admite la sustitución fideicomisaria de un grado (con carácter general ¡sólo desde la reforma de 2006!) pero no permite que el primer llamado elija fideicomisarios. Las reformas legales se han preocupado más de la gestión y ejecución de las últimas voluntades, pero no se trata de cargos que puedan calificarse de fiduciarios y su plazo de actuación es muy breve.

Tras la gran reforma de 2006 no ha habido modificaciones legales en estas materias ni hay a la vista ninguna.

Derecho italiano.

El Derecho italiano contiene una regla contraria al heredero o legatario aparente. El art. 627 CC, que lleva por título “disposición fiduciaria” dice que “No se admite acción en juicio para declarar que las disposiciones hechas a favor de persona mencionada en el testamento son sólo aparentes y que en realidad se refieren a otra persona, aunque expresiones del testamento puedan indicar o hacer presumir que se trata de persona interpuesta. Sin embargo, si la persona mencionada en el testamento ha cumplido espontáneamente la disposición fiduciaria transfiriendo los bienes a la persona querida por el testador, no puede repetir, salvo que sea un incapaz. Las disposiciones de este artículo no se aplican al caso en que la institución o el legado sean impugnados por haber sido hechos por medio de persona interpuesta a favor de incapaces de suceder”.

La regla contraria a la delegación sucesoria se encuentra en los arts. 631 y 632. El primero dice “Es nula toda disposición testamentaria con la que se hace depender del arbitrio de un tercero la indicación del heredero o del legatario o la determinación de la cuota de herencia. Sin embargo es válida la disposición a título particular a favor de personas a escoger por el gravado o por un tercero entre varias personas determinadas por el testador o pertenecientes a familias o categorías de personas por él determinadas, y también es válida la disposición a título particular a favor de uno entre

varios entes determinados igualmente por el testador. Si hay indicadas varias personas de modo alternativo y no se ha establecido quién debe hacer la elección, ésta se considera dejada al gravado”. El art. 632 dice “Es nula la disposición que deja al mero arbitrio del gravado o de un tercero la fijación del objeto o de la cantidad del legado. Son válidos los legados hechos a título de remuneración por los servicios prestados al testador, aunque no se haya indicado el objeto ni la cantidad”. No obstante, en materia de legados genéricos, el art. 664 permite que la determinación la realice un tercero, pero fija el criterio: tiene que escoger una cosa de calidad media.

Sin embargo, en donaciones entre vivos sí se permite un mayor margen a la actuación de un tercero. El art. 778 dice “Es nulo el mandato con el que se atribuye a otro la facultad de designar la persona del donatario o determinar el objeto de la donación. Por el contrario es válida la donación a favor de persona que un tercero designará entre varias personas designadas por el donante o pertenecientes a determinadas categorías o a favor de una persona jurídica entre las indicadas por el propio donante. Es igualmente válida la donación que tiene por objeto una cosa que un tercero determinará entre varias cosas indicadas por el donante o dentro de los límites de valor establecidos por el propio donante”.

La sustitución fideicomisaria apenas se admite. En el S. XIX el debate llevó a vaivenes legislativos en los distintos Estados italianos similares a los ocurridos en Francia y fueron definitivamente suprimidas en el Código de 1865.

El Código vigente, de 1942, ha mantenido la prohibición. El único caso admitido es el del art. 692, que permite que un ascendiente o el cónyuge de un incapacitado puedan instituir a dicho descendiente o cónyuge (respectivamente) con obligación de conservar y restituir a su muerte los bienes a favor de la persona o los entes que, bajo la vigilancia del tutor, han cuidado del propio incapacitado. Con razón se ha hablado de fideicomiso asistencial. Al instituido se le aplican, en cuanto sea posible, las normas del usufructuario. El inciso final de este artículo dice tajantemente que “en cualquier otro caso la sustitución es nula”.

Incluso se niega eficacia al usufructo sucesivo: el art. 698 dice que sólo tiene valor a favor de las personas que en el momento de la muerte del testador han sido primeramente llamadas. Una excepción hay en el art. 699, que permite la disposición testamentaria que tiene por objeto el pago periódico, ya sea perpetuo o temporal, de sumas determinadas como premio de nupcialidad, de natalidad, ayudas para la preparación de una profesión o arte, obras asistenciales o para otros fines de utilidad pública, a favor de personas a escoger dentro de una determinada categoría o entre los

descendientes de una determinada familia. Estas anualidades pueden rescatare.

Por su parte, el art. 697 dispone que estas normas son también aplicables a los legados.

En materia de donaciones, el art. 795 dispone, siguiendo la misma tesis prohibitiva, que “En las donaciones no están permitidas las sustituciones salvo en los casos y con los límites establecidos para los actos de última voluntad”. Sin embargo, añade que “la nulidad de la sustitución no implica nulidad de la donación”.

Los ejecutores testamentarios se regulan en los artículos 700 a 712. Es una regulación similar a la francesa. Lo más interesante a efectos de este trabajo es que el testador puede autorizar al executor a designar un sustituto para el caso de que el primero no pueda continuar el encargo (art. 700). Todo executor tiene, salvo voluntad en contra del testador, la posesión y administración de la herencia. No obstante, no puede realizar actos dispositivos, y si es necesario enajenar bienes, necesita autorización judicial oídos los herederos. Tiene que entregar los bienes a los herederos cuando éstos lo pidan, siempre que tales bienes no sean necesarios para cumplir sus funciones. El testador puede encomendarle la tarea de realizar la partición, siempre que el executor no sea uno de los herederos ni legatarios; en tal caso, realiza la partición por sí solo, pero tiene que oír a los herederos. Tiene que rendir cuentas al finalizar su gestión y en todo caso pasado un año del fallecimiento del testador si sus gestiones han excedido del año (art. 709).

La figura del contador partididor se regula escuetamente en el art. 733, que sólo dice que la partición realizada por tal persona no vincula a los herederos si el Juez, a instancia de alguno de éstos, la declara contraria a la voluntad del testador o manifiestamente inícu.

En definitiva, el Derecho italiano tampoco admite fiducia sucesoria alguna ni la herencia o legado de confianza. Ni siquiera admite fideicomisos ni sustituciones fideicomisarias salvo el caso limitadísimo del fideicomiso “asistencial”. El albacea tiene facultades de gestión, nunca dispositivas y su plazo de actuación es muy breve, por lo que no puede calificarse de institución de confianza (en el sentido de este trabajo).

Toda la normativa comentada proviene de la redacción inicial del Código (16 de marzo de 1942) sin que hasta la fecha se hayan modificado. Tampoco consta ningún proyecto de modificación.

Derecho alemán.

En el Derecho germánico medieval no se conocía la institución del testamento, por lo que no se dio la ocasión de tener que reaccionar contra

instituciones-límite a la autonomía de la voluntad. No obstante apareció una figura jurídica como reacción frente a la transmisión automática de los bienes del difunto a la familia conforme a criterios prefijados. Se trata del Salmann, que era una persona de confianza del difunto, a quien éste dejaba en confianza sus bienes para que los entregara en un acto público, tras la muerte de éste, a las personas designadas por el propio difunto. En todo caso, esta figura sólo puede ser considerada un antecedente remoto del actual ejecutor testamentario regulado por el BGB, pues el grado de confianza objeto de posible delegación admitido por el Código es mucho menor.

Se ha dicho (Hans Brox) que el BGB, en vigor desde el 1 de enero de 1900, no introdujo grandes reformas en el Derecho sucesorio anterior²⁶. El testamento se considera un acto personalísimo, si bien hay un cierto margen a la actuación de terceros en todo lo que pueda entenderse que no implica un suplantar la voluntad del causante. Aparte de esto, las únicas excepciones las encontramos en materia de legados y en la figura del ejecutor testamentario. La regulación que comentamos no nos consta que haya sido modificada desde la entrada en vigor del BGB.

Regla: Las disposiciones de última voluntad tienen carácter personalísimo.

El testador no puede encomendar a otro la formulación de su última voluntad, sino que tiene que hacerlo personalmente, incluido en los legados. Esta regla data de la primera redacción del BGB y se ha mantenido invariada.

El parágrafo 2064 BGB dice que “El causante sólo puede otorgar testamento personalmente”. Y el parágrafo 2065 BGB dice que “El causante no puede ordenar una disposición de última voluntad de manera que otra persona tenga que decidir si debe valer o no. El causante no puede encomendar a un tercero la designación de la persona que deba percibir una atribución así como tampoco la designación del objeto de la atribución”. Estas reglas se estimaron adecuadas, en lo esencial, al Derecho anterior al BGB y se justificaron también con el argumento de que el testador no debe descargar la responsabilidad de la ordenación de la sucesión en un tercero y que la voluntad del testador no puede ser influenciada ni relegada. La disposición contraria a esta actuación personalísima se ha entendido siempre nula de manera insanable por doctrina y jurisprudencia. Así, el testamento o la revocación de un testamento, hecho por un representante no puede ni siquiera ser ratificado por el causante, es nula la cláusula que permite al

26 - Hans Brox, op. cit., páginas 17 y 72 y ss.

cónyuge sobreviviente modificar o revocar las disposiciones del otorgante premuerto, es nula la facultad concedida a un tercero para que elija, en caso de haber otorgado el causante varios testamentos, cuál debe regir.

El párrafo 2065 sólo se aplica cuando el testador ha puesto en manos de un tercero la decisión sobre la validez de una disposición. Por ejemplo, A instituye heredero a B bajo la condición de que, una vez fallecido el testador, C lo consienta. Pero no todas las disposiciones cuya validez depende de la voluntad de un tercero son inválidas.

Doctrina y jurisprudencia han atenuado, a diferencia de lo ocurrido en otros países, el rigor de la regla legal.

Si el testador ha expresado claramente su voluntad acerca de la persona a instituir, es válido que esto se haga depender de la conducta de un tercero. Por ejemplo, A instituye heredero a su sobrino bajo la condición de que la mujer de ese sobrino cuide a A en la vejez o enfermedad de éste. Esta institución es válida aunque depende de la conducta de un tercero.

También se ha entendido que no hay representación prohibida en los casos en que el testador designa al heredero (o fija las cuotas) con criterios objetivos, que el tercero se limita a aplicar para instituir heredero o calcular las cuotas. En estos casos, el tercero no decide conforme a su propio (subjetivo) criterio, sino que sólo aplica los criterios fijados en el testamento. Por ejemplo, un herrero dispone en un testamento que instituye heredero a aquél de sus hijos que llegue a ser herrero; y si lo llega a ser más de uno, instituye al hijo de más edad; la determinación del heredero la está dejando en realidad a un tercero, pero esto se ha admitido porque en este caso el tercero no tiene poder de decisión; es cierto que el testador no ha designado al heredero por su nombre, pero –se ha sostenido– ha dejado suficientes criterios para que cualquier persona pueda realizar la elección. También se ha admitido que un tercero compruebe si el heredero, para serlo, ha contraído o no matrimonio válido, o ha terminado su formación académica, o incluso si (caso más discutible) es entre los designados por el testador la persona más adecuada para dirigir la empresa o la explotación agraria. Se ha admitido instituir al que el cónyuge adopte en un futuro aunque en el momento de testar se desconozca la identidad de ese hijo adoptivo. En nuestra opinión, estos casos no cabrían en la regla del art. 772 del CC español (“Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido, valdrá la institución”), aunque es verdad que la doctrina española apenas ha hecho esfuerzos de interpretación de las posibilidades que podría dar este artículo. También se ha admitido en Alemania que pueda instituirse heredero a quien tal persona haya a su vez

designado como heredero, algo que en España se rechazaría como institución captatoria. No se ha admitido, en cambio, que el primer llamado pueda designar un sustituto vulgar o un heredero sucesivo (heredero fideicomisario), aun entre un círculo de personas designadas por el testador.

Si el tercero decide según su propio criterio, esto está prohibido por el parágrafo 2065, pues en este caso decide el tercero en lugar del testador.

Se ha discutido si puede darse más arbitrio al tercero. El Tribunal Supremo del Reich admitió que si el testador señalaba un determinado grupo de personas entre las cuales el tercero tenía que elegir aplicando criterios fijados por el testador ello sólo era válido si el círculo de personas era tan reducido y los criterios de elección tan claros que no quedaba espacio para el arbitrio del tercero. Es decir, se ha admitido la autorización a un tercero para la ejecución (sólo “ejecución”) de la voluntad del testador.

La regla del carácter personalísimo se ha intentado mantener con dureza incluso en el caso del otorgamiento de testamentos ante Notario. El testador puede entregar un escrito al Notario, para que éste redacte el testamento y se ha discutido si el otorgamiento del testamento es válido si ese escrito que se entrega al Notario ha sido redactado por persona distinta del testador. En general, se ha rechazado tanto rigorismo, pues el testador puede ser aconsejado o asesorado por un tercero, y se ha entendido que lo decisivo es que el testador entregue personalmente al Notario ese escrito y le diga, con intermediación, que ese escrito refleja su última voluntad.

Distinto es el caso de disposiciones del testador más o menos inconcretas, que a veces se pueden aclarar acudiendo a medios interpretativos.

Esta regla del carácter personalísimo se suaviza en materia de legados: el parágrafo 2155 se refiere a la figura del legado que puede atribuirse a varios y dispone que la elección del legatario puede corresponder al gravado o a un tercero; el 2154, referido al legado alternativo, permite que la elección de la cosa que deba percibir el legatario se encomiende a un tercero; el 2153 permite que el causante ordene un legado a favor de varios y que el gravado o un tercero determine qué parte de la cosa legada debe recibir cada legatario; en el legado de cosa genérica (parágrafo 2155) puede encomendarse la determinación a un tercero; el parágrafo 2156 permite que el causante deje sólo expresada la finalidad de un legado y que corresponda a un tercero (o al gravado) elegir la prestación más adecuada para cumplirlo.

La regla del carácter personalísimo también se encuentra en materia de contrato sucesorio (parágrafo 2274: “el causante sólo puede otorgar un contrato sucesorio personalmente”), 2282 (la impugnación del contrato sucesorio no puede realizarse por un representante del causante, salvo en

caso de incapacidad), 2284 (la confirmación de un contrato sucesorio impugnado sólo puede realizarse personalmente por el causante, sin que ni siquiera sea posible la confirmación si el causante tiene la capacidad de obrar negocial limitada), 2290 (la resolución del contrato sucesorio sólo puede hacerse personalmente, aunque se permite la representación del incapaz).

Finalmente reseñamos que la reciente Ley de modificación del Derecho de tutela y curatela, de 29 de junio de 2011, que también contempla lo que aquí llamaríamos “voluntades anticipadas” o “instrucciones previas” (arts. 1903 y siguientes) no ha permitido en absoluto, como tampoco se permitía antes, la actuación del representante en disposiciones por causa de muerte.

Por otro lado, los fideicomisos y las sustituciones fideicomisarias también sufrieron las consecuencias del liberalismo decimonónico y fueron reguladas por el BGB con cierta prevención, si bien, a diferencia de lo ocurrido en Francia no se llegó a la prohibición. Los párrafos 2100 a 2146 BGB aceptan y regulan la figura del heredero sucesivo (Nacherbe), que es una sustitución fideicomisaria pero en la que sólo se admite un llamamiento. Si el acontecimiento o el momento en que la sucesión sucesiva debe abrirse no han sido determinados por el causante se entiende que la herencia sucesiva se defiere al morir el primer heredero.

La institución de heredero sucesivo es ineficaz si pasan 30 años desde la muerte del causante, salvo que el hecho que determine la sucesión sucesiva se refiera a una persona que viva al morir el primer causante, o que un hermano del primer heredero esté designado como heredero sucesivo.

El primer heredero no puede disponer, como regla general, pero tampoco ha de soportar cargas extraordinarias en los bienes. No obstante, el causante puede instituir heredero sucesivo sólo en lo que quede de la herencia (párrafo 2137) o autorizar al primer heredero a disponer libremente. No existe la figura de la cuarta inversa a favor del heredero sucesivo. Como hemos dicho antes, el primer llamado no puede elegir fideicomisarios.

No se regula en el BGB el llamado fideicomiso puro (del Derecho Romano) si bien la función de éste creemos que puede ser cumplida por el ejecutor testamentario.

La figura del ejecutor testamentario se regula en los párrafos 2197 y ss BGB de una manera bastante detallada.

Lo designa el causante para ejecutar en general su última voluntad o bien para encomendarle tareas particulares. Puede nombrarse en contrato sucesorio, pero no como pacto vinculante para el ordenante. También puede nombrarse en testamento mancomunado, pero nunca será considerado como disposición corresponsiva. Puede nombrarse bajo condición o a término. Y el

parágrafo 2198 dispone que el causante puede encomendar a un tercero la designación. El tercero pierde este derecho si transcurre el plazo que le haya fijado el Tribunal de herencias (Nachlassgericht) a petición de cualquier interesado. También puede nombrarlo el propio tribunal de testamentarias si el testador así lo ha pedido en el testamento, pero oyendo antes a los interesados.

El ejercicio no es personalísimo, pues el parágrafo 2199 permite que el ejecutor testamentario designe sustitutos así como uno o más co-ejecutores.

El causante puede autorizar al ejecutor a designar un sucesor (2199).

Ejecutor puede ser tanto una o varias personas físicas como jurídicas. Puede ser uno de los coherederos, según ha admitido la jurisprudencia (pues como ejecutor tiene facultades que no le corresponden como coheredero) pero no el heredero único, pues el cargo de ejecutor implica limitaciones para los herederos, aunque el heredero único sí puede ser co-ejecutor, pues en tal caso el cargo se ejerce mancomunadamente). También puede nombrarse un ejecutor para el legatario o para los herederos sucesivos, de forma que administre y haga entrega del legado o ejecute los derechos del heredero sucesivo y cumpla sus obligaciones; en este caso, su actuación no incide en la actuación de los herederos primeramente llamados.

Su función, a falta de mayores especificaciones del testador, es conseguir que se lleven a efecto las disposiciones del causante. Si hay varios herederos, tiene la obligación de realizar la partición, oyendo antes a los herederos sobre su plan de partición. También tiene la obligación de administrar el caudal relicto; puede tomar posesión del mismo y tiene facultades de disposición ilimitadas, salvo por título gratuito, en cuyo caso sólo puede realizar actos dispositivos que respondan a un deber moral o a una medida obligada por el decoro. La administración y posesión de los bienes está sustraída a los herederos. Incluso sólo corresponde al ejecutor hacer valer judicialmente los derechos que resulten del caudal. Los herederos tampoco pueden realizar actos dispositivos sobre los bienes que administra el ejecutor. La limitación principal de esta figura es que no puede contraer obligaciones, salvo las que sean necesarias para la ordenada administración del caudal; en ningún caso pueden quedar obligados los herederos.

En materia de plazos, la regulación difiere básicamente de la los otros Derechos extranjeros vistos. La administración puede conferirse al ejecutor por plazo que no exceda de 30 años desde la muerte del causante. No obstante, el parágrafo 2210 permite que el plazo dure toda la vida del heredero o del propio ejecutor o hasta la producción de un acontecimiento en la persona de uno u otro. El ejecutor tiene obligación de entregar a los herederos los bienes relictos que manifiestamente no necesite para el cumplimiento de sus funciones.

Es una especie de figura tutelar de los herederos, que les priva de la administración y disposición del patrimonio. Es algo que claramente se quiso evitar en Francia y en Italia y que aproxima esta figura a la vinculación fideicomisaria (de ahí el límite temporal de 30 años). Puede ser de utilidad especialmente en el caso de grandes patrimonios o en el de empresas, especialmente si han de ser administradas durante un cierto tiempo. Con esta figura el testador puede evitar la actuación de un sucesor poco capacitado, o la sujeción del patrimonio al régimen legal de la tutela, o determinadas actuaciones judiciales que se darían en casos de existencia de menores o incapacitados.

El problema de la limitación del ejecutor para contraer obligaciones se puede eliminar con el consentimiento de todos los herederos. El causante puede también imponer esto como una carga a los herederos o bien como una condición para heredar. También se ha propuesto ver el caso como un patrimonio separado administrado por el ejecutor con exclusión de los herederos, pero de forma que los herederos sólo responden con los bienes integrantes de ese patrimonio.

En nuestra opinión, el ejecutor presenta algunos rasgos comunes con los fiduciarios de algunos Derecho civiles españoles, especialmente con el aragonés.

La figura del ejecutor no debe confundirse con la del curador o administrador del caudal hereditario (Nachlasspfleger) regulada en el parágrafo 1960, que es sólo un mero administrador provisional nombrado por el Tribunal de herencias hasta que los herederos se hagan cargo de los bienes hereditarios.

En definitiva, el Derecho alemán ha sido un poco más permisivo que el francés y el italiano. No admite figuras que puedan ser calificadas como herencia o legado de confianza. Sí admite el fideicomiso de sustitución, pero sólo con un llamamiento, aunque el fiduciario no puede elegir fideicomisarios. No admite en principio la delegación sucesoria, pero por vía doctrinal y jurisprudencial se aceptan sin mayores problemas algunos casos de actuación de un tercero para “aplicar” criterios del testador que en el sistema del CC español se entenderían prohibidos por excesivos. La figura del ejecutor testamentario, en cambio, como hemos visto excede del albaceazgo francés o italiano, por lo extenso de sus facultades y porque puede prolongarse en el tiempo.

Derecho de Inglaterra y Gales (Common Law).

En el Derecho medieval apareció una figura fiduciaria como reacción frente a las leyes que prohibían liberalidades a favor de manos muertas: se cedían

los bienes a un tercero, en la confianza primero, y tiempo después con la obligación (exigible por una *actio* basada en la equidad) de que éste cedería los rendimientos de los bienes a la institución a la que el causante quería favorecer. Es algo parecido a lo que ocurrió en Roma para esquivar las prohibiciones de suceder. Más tarde parece que se usó para beneficiar a hijos a quienes no era conveniente por razones de hecho que aparecieran como sucesores en un primer momento. Esta institución se conoció en un principio con el nombre de “use” (que no deriva de “usus” sino de “ad opus”) y tuvo una primera regulación legal en el Statute of Uses de 1535, más modernamente en la Trustee Act de 1893, la de 1925 y hoy también en la Trustee Act del año 2000 (de 23 de noviembre de 2000) que principalmente reguló y amplió las facultades de los trustees o executors.

Como es bien conocido, el Common Law no conoció la figura del heres romano. A la muerte de una persona no se produce una transmisión de la propiedad de sus bienes a unos herederos. Por el contrario, se traspasan de forma temporal los bienes y los derechos sobre los bienes, pero como un patrimonio separado, a una o varias personas que tienen encomendada la administración y liquidación del patrimonio relictos hasta la entrega del remanente a los beneficiarios finales (“residuary beneficiary”, o “beneficiary of a bequest” si se trata de bienes concretos). Esta persona es el “executor” nombrado por el causante en su testamento o, en defecto de testamento (lo cual es mucho más normal que en España pues en una estadística de 2003 dos tercios de la población de Inglaterra y Gales moría sin testamento) o si en éste no se nombró “executor”, a un administrador nombrado judicialmente. Resaltamos que el ejecutor tiene que ser nombrado en el testamento. Nada permite que lo designe un tercero. Puede ser una persona jurídica y puede ser también uno o varios de los beneficiarios últimos. A falta de nombramiento en testamento, o el nombrado muere o no puede ejercer el cargo, hay que solicitar el nombramiento de un administrador al Juez. Esta última figura se regula, en el Derecho estatutario, en la Administration of Estates Act de 1925 y el nombramiento en las Non-Contentious Probate Rules de 1987, que fijan un orden jerarquizado de categorías de personas que pueden ser nombradas; si no hay testamento, el orden es el siguiente: el cónyuge sobreviviente, los hijos, los descendientes ulteriores, los padres, los hermanos, los medio hermanos, los abuelos, los tíos o tías, los tiosabuelos, los tiasabuelas, el Treasury Solicitor y en último término los acreedores del difunto.

El executor o administrador se convierte en el titular legal de los bienes del fallecido, que tras la liquidación, que puede durar escaso tiempo o muchos años, los entrega a los beneficiarios. El ejecutor o el administrador sólo pueden ejercer sus funciones cuando han sido correctamente nombrados: el primero por un grant of probate y el segundo por las letters of

administration, ambos documentos expedidos por un tribunal de Inglaterra o de Gales en un procedimiento que en realidad es administrativo y que sólo es propiamente judicial cuando hay disputa entre partes interesadas). En general, sólo se expiden estos documentos cuando el difunto ha dejado bienes muebles o inmuebles en Inglaterra o Gales. La administración de los bienes relictos no puede realizarse sin el nombramiento. Es decir, aunque el ejecutor haya sido nombrado en el testamento y su título derive de éste, necesita un documento judicial para probar su autoridad para desempeñar sus funciones. Para actuar en Inglaterra o Gales hay que obtener uno de los citados documentos y no sirve un título análogo obtenido en el extranjero. Por razón análoga, y dado que en Inglaterra y Gales, igual que en general en el Continente antes de la época de las Revoluciones, no hay una única ley de la sucesión sino que se aplica la *lex rei sitae* a los inmuebles y la ley del último domicilio (en el sentido de la Ley inglesa) a los muebles, y puede prescindirse del ejecutor o del administrador si la sucesión se rige por Ley que no exige estos cargos (como por ejemplo, las españolas). Pero nada impide la actuación del ejecutor o del administrador en el país de situación de los bienes, a falta de previsión testamentaria del causante.

Los beneficiarios tienen acción contra los executors o administradores en relación al correcto ejercicio de sus funciones y para exigir la transmisión de los bienes. Los beneficiarios no son mientras tanto propietarios ni titulares de derechos reales sobre los bienes y tampoco tienen acciones entre sí: el beneficiario de un bien concreto, o legatario, no tiene acción contra los demás beneficiarios que reciban el remanente.

Los executors y los administradores son los titulares del “legal interest” (que mal se puede traducir por “propietarios”) de los bienes y tienen las facultades dispositivas, con las limitaciones que el causante haya en su caso dispuesto, pero sin necesidad de ninguna autorización judicial o administrativa. No obstante, carecen del interés económico (“beneficial interest”) pues no pueden hacer suyo el caudal relicto, salvo autorización del causante. Su titularidad no está sujeta a plazo, salvo que el causante haya regulado esta materia, aunque el pago de los legados pasado un año se penaliza con el pago de un interés a los beneficiarios.

El Common Law es resultado de una evolución que primó desde la recepción del Derecho canónico los aspectos de la ejecución y que por otro lado resistió los embates voluntaristas de los juristas continentales del siglo XIX, recurriendo más bien (en estas materias) a la equidad y a la figura del enriquecimiento injusto. Así, ha resultado un sistema en el que no hace falta recurrir a la “sucesión” ni al “heredero”, pero en el que no puede prescindirse de un liquidador; la práctica ha llevado a que a este liquidador se le puedan encomendar encargos más amplios, relativos a la designación

de beneficiarios y distribución de los bienes. Se suele determinar por el testador en el propio testamento el círculo o categorías de personas que hayan de resultar beneficiarios.

No hay constancia de reformas recientes ni de propuestas de reforma del Derecho que acabamos de reseñar.

Breve reseña del Derecho de otros países.

Brevemente reseñamos algunos puntos de otras legislaciones a las que hemos tenido acceso:

Austria.

El Derecho sucesorio se regula en los párrafos 531 a 824 del Código Civil General (ABGB).

No se admite en el Derecho austríaco el poder testatorio ni por tanto el testamento por comisario.

Se admite la herencia sucesiva, pero con un único llamamiento. El primer heredero se convierte en propietario del caudal relicto y tiene el uso y disfrute ilimitados, pero sujeto todo ello a condición resolutoria o a término final, según los casos. La Ley no regula la sustitución en el residuo pero se ha entendido por doctrina y jurisprudencia que es posible que el causante autorice al primer heredero a disponer entre vivos y que el segundo heredero sólo adquiera el remanente.

En materia de ejecución, hay que distinguir el ejecutor testamentario y el administrador de la herencia.

El causante puede en testamento o contrato sucesorio nombrar uno o varios ejecutores testamentarios, pero no puede encomendar a un tercero su nombramiento. En ningún caso es legalmente obligatorio que haya un ejecutor, a diferencia de lo que ocurre en los Derechos angloamericanos.

Si el causante no dispone otra cosa, tiene la función de supervisar el cumplimiento del testamento y defender la validez del mismo (párrafo 816); no tiene facultades de administración ni representa a la herencia ni a los herederos. No está sometido a nombramiento ni a control judicial. Sus funciones son, como se ve, muy escasas. El causante puede atribuirle, no obstante, la administración y representación del caudal, pero en este caso necesita un nombramiento formal por el tribunal de herencias. El causante también puede atribuirle funciones para después de la adjudicación de la herencia. Su actuación no está sujeta a controles judiciales, es privada. No es una figura muy usada.

Otra figura distinta es el administrador de la herencia. En principio, la administración corresponde a los propios herederos, pero el causante puede nombrar un administrador. El tribunal de herencias también puede nombrar un administrador (que en este caso se llama curador) si el causante no lo nombró y es necesario porque los herederos no se hacen cargo de la administración, o son desconocidos o no hay disensiones entre ellos. Está sujeta a una constante vigilancia judicial y necesita autorización judicial para numerosos actos, entre ellos, por ejemplo, para disponer de dinero de cuentas bancarias, para sustituir una cuentas bancarias por otras o para entregar los legados.

Por lo visto, la figura del administrador tiene escasa aplicación práctica.

La última reforma del Derecho sucesorio tuvo lugar en 1989, que igualó en derechos a los parientes ilegítimos y a los legítimos. En las materias objeto de este trabajo no ha habido reformas recientes ni tampoco hay reformas a la vista.

Bélgica.

La sucesión mortis causa se rige por los artículos 718 a 1100 del Código Civil. No es posible otorgar un contrato sucesorio ni un poder testatorio ni, por tanto se admite el testamento otorgado por un tercero. No obstante, como excepción, se permite un nombramiento contractual de heredero en los tres siguientes casos: un tercero puede realizar un nombramiento de heredero a favor de uno o de los dos esposos en capitulaciones matrimoniales (art. 1082), los esposos pueden instituirse herederos —o revocar la institución— en capitulaciones (art. 1093) y durante el matrimonio los esposos también pueden instituirse herederos —o revocar la institución— en un contrato por el que se modifique el régimen matrimonial o en un documento público.

El Código admite y regula en los arts. 1025 y siguientes la figura de los ejecutores testamentarios, que son personas que sólo pueden ser designadas por el testador. Su función en principio es supervisar la entrega de los legados a realizar por los herederos. El testador, no obstante, puede ampliar sus funciones: puede autorizarlos a tomar posesión de los bienes muebles del caudal durante un plazo máximo de un año; en tal caso, los herederos pierden las facultades de administración en beneficio del executor, que puede además realizar actos dispositivos si ello es necesario para pagar los legados. Tiene que rendir cuentas pasado un año. No parece que el nombramiento por el testador tenga que ser confirmado o formalmente declarado por ningún tribunal o autoridad tras la muerte del de cujus.

Luxemburgo.

El Derecho de sucesiones de Luxemburgo ha estado siempre muy influenciado por el francés; incluso es usual entender aplicable la jurispru-

dencia francesa. La regulación actual se contiene en el Código Civil, cuyas últimas modificaciones fueron introducidas por leyes de 26 de abril de 1979 (asimilación de los hijos naturales a los legítimos), 12 de marzo de 1982 y 8 de abril de 1993 (cesión de cuotas hereditarias).

El Derecho de Luxemburgo prohíbe los pactos sucesorios, si bien en capitulaciones matrimoniales pueden establecerse disposiciones mortis causa de bienes a favor de los cónyuges o de los hijos nacederos, así como también pueden donarse los cónyuges bienes futuros. Tampoco permite el poder testatorio ni el testamento por comisario.

La ejecución de la última voluntad por un tercero no es algo necesario y, cuando existe, su actuación no es controlada por los tribunales y no es nombrado ni ratificado por ninguna autoridad.

El testador puede nombrar a una o varias personas para que vigilen la ejecución de su última voluntad. Sus funciones pueden variar:

Si el testador no le da la posesión de los bienes, el ejecutor tiene que realizar inventario de los bienes, defender la validez del testamento en juicio o fuera de él, conservar y defender los bienes, exigir el cumplimiento de modos y legados, y vender bienes muebles si ello es necesario para pagar los legados.

Si el ejecutor tiene la posesión de los bienes, asume la administración del caudal.

Ningún ejecutor tiene facultades dispositivas, salvo lo dicho para el pago de legados. Tampoco puede realizar la partición y no parece posible que el testador le encomiende esta tarea.

El plazo de ejercicio de su cargo es de un año, y no puede ser ampliado por el testador ni por los tribunales. Tiene que rendir cuentas a los herederos, pero ante el Juez.

No hay a la vista ninguna reforma legislativa sobre las materias que acabamos de citar.

Dinamarca.

La sucesión mortis causa en Derecho danés se rige por la Ley de sucesiones, cuya última versión que nos consta es de 14 de agosto de 2001, y haya que tener en cuenta una Ley reguladora de patrimonios relictos de 22 de mayo de 1996, modificada por otra de 29 de diciembre de 1999. Hay que tener en cuenta que en Dinamarca los llamados notarios tienen unas funciones muy limitadas; no pueden redactar los testamentos, aunque sí legitimar las firmas de los testadores y conservarlos en la oficina judicial a

la que están adscritos. En 2008 había unos 350.000 testamentos registrados (para una población de 5 millones) y entre el 97-99% habían sido suscritos con esa intervención notarial. Hay Registro Central de testamentos. La otra forma de otorgar testamento es ante dos testigos. En Dinamarca no es posible testar en forma ológrafa.

La figura de un ejecutor testamentario (“bobestyrer”) no es necesaria, ya que los herederos pueden administrar por sí solos el caudal y realizar la partición de la herencia. El ejecutor testamentario se nombra por el Tribunal de herencias, que expide un certificado que le permite ejercer sus funciones. El nombramiento se da en determinados casos tasados: cuando un heredero lo pide, cuando hay insolvencia del caudal relicto, cuando todos los herederos son menores o insolventes, cuando el testador lo pedido en su testamento, cuando los herederos son desconocidos o cuando pasado un tiempo no se encuentra una solución para la gestión del caudal relicto.

El ejecutor tiene las facultades de administrar el caudal relicto, realizar la partición y también la de disponer de los bienes hereditarios. El tribunal de herencias tiene una misión de supervisión de la actuación del ejecutor, sin perjuicio de que éste tiene que rendir cuentas a los herederos, pero el ejecutor no necesita en principio autorización del Tribunal para disponer de los bienes hereditarios.

En los últimos años las únicas reformas legales en cuando a herencias han sido las fiscales, para reducir los impuestos. No ha habido en los últimos años reformas que afecten a la materia de este trabajo ni constan reformas en marcha.

Apunte final sobre los Derechos extranjeros examinados.

El ámbito de las instituciones de confianza en los Derechos continentales examinados es mucho menor que en los Derechos civiles españoles, incluido el Código Civil. Hay más disparidad entre los Derechos civiles españoles que en los Derechos extranjeros examinados. Ninguno de éstos admite figuras que puedan calificarse de herencia o legado de confianza. Los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias, en los casos en que se admiten, no permiten que el primer llamado elija fideicomisarios. Los cargos relativos a la ejecución de las últimas voluntades no tienen facultades que permitan calificarlos como figuras fiduciarias, salvo en una pequeña medida el ejecutor alemán. La fiducia sucesoria tampoco se reconoce, salvo el ámbito admitido por la doctrina y jurisprudencia alemana.

El Derecho inglés presenta una gran diferencia, pues puede decirse que en toda herencia testada hay sitio para la fiducia, ya que el executor tiene un poder decisorio que no es de mera ejecución, sino de integración de la voluntad del causante. La figura del albacea se ha unido en cierta manera a

la de un comisario, aunque el ámbito de actuación de éste queda delimitado en el testamento. El causante puede regular su sucesión con todo el detalle que quiera, incluso de forma que el executor no tenga poder decisorio, pero no es lo usual. El causante también puede incluir al executor en el círculo de beneficiarios.

VI.- Incidencia de la normativa de la Unión Europea.

En los últimos años hay un importante debate en la Unión Europea sobre los mecanismos para tratar la diversidad normativa de los distintos Estados que a su vez ha llevado a otro debate sobre los límites de la unificación del Derecho Privado. El debate se va desplazando desde el ámbito del Derecho internacional privado a las reglas de Derecho material. Es un proceso que se ha ido afianzando con el tiempo, venciendo reticencias iniciales. Una prueba del empuje hacia la unificación es que el instrumento jurídico utilizado desde más de diez años es el Reglamento y no la Directiva.

Hasta ahora, en materias de Derecho privado la principal tarea de la UE ha sido dar reglas sobre la competencia judicial de cada país, permitir y facilitar el reconocimiento de resoluciones judiciales de un país en los demás países miembros y dar criterios de elección de Derecho aplicable. En materia de obligaciones y contratos hay proyectos más ambiciosos de regulaciones sustantivas, que alegan la gran frecuencia de las relaciones transfronterizas, aunque han generado un debate aún inconcluso. En relación al Derecho de sucesiones se publicó en marzo de 2005 un Libro Verde sobre sucesiones y testamentos que planteaba numerosas preguntas con vistas a un plan normativo de futuro, principalmente con vistas a una unificación de normas de conflicto sucesorias y a partir de ahí (no a la inversa, lo cual ya es una novedad) a una unificación de reglas de competencia judicial y de reconocimiento de resoluciones.

De todas formas, si se comienza por una unificación del Derecho internacional privado hay que tener en cuenta la interrelación que se produce entre Derecho sustantivo y Sistema para resolver los conflictos de Leyes, que hace (González Campos)²⁷ que una unificación de éste último tenga que implicar sacrificios de Derecho material. Se ha dicho (Font Segura) que la unificación de reglas de Derecho internacional privado ya producida en materia de obligaciones civiles y mercantiles y en Derecho de familia ha sido posible porque los principios de regulación material en esos ámbitos son similares en los diversos Estados miembros²⁸, pero en Derecho sucesorio no es así.

27 - González Campos, op. cit., páginas 98-110.

28 - Font Segura, op. cit., páginas 67-68.

Sin duda el Derecho de sucesiones es el más difícil de unificar, no sólo por la disparidad existente entre los Derechos de los países miembros sino porque en él confluyen prácticamente todos los otros sectores del Derecho privado: la noción de individuo y su capacidad, la libertad de disposición que se le reconoce en el ámbito obligacional y sus límites legales y convencionales, la regulación del matrimonio y su régimen económico, la consideración dada a la familia, la regulación del derecho de cosas y el sistema de propiedad, la adquisición de ésta, la publicidad registral inmobiliaria, la forma de acreditar el carácter fehaciente de los actos, etc. También se relaciona con el Derecho procesal, pues a menudo la actuación judicial es una vía (a veces la única) para ejecutar las últimas voluntades y liquidar una sucesión.

Seguramente por todo esto no hay a día de hoy ninguna norma europea vigente sobre materia sucesoria, si bien ya tenemos un proyecto de Reglamento que regula, entre otras cosas, el Certificado Sucesorio Europeo cuya tramitación, en contra de lo que parecía hace unos meses, no ha quedado paralizada. Y es que los órganos de la UE han adoptado como objetivo el de una mayor integración. Hoy por hoy esto tiene su límite en los Tratados, incluso en el de Lisboa, pero el paso de los años ha demostrado que los Tratados se han conseguido reformar y han ido siempre dando más competencias a la Unión en detrimento de los Estados miembros, por lo que no cabe descartar que en un futuro (no inmediato) sea legalmente posible una unificación de Derecho sucesorio. El propio Libro Verde citado y los trabajos previos a él relacionan el Derecho sucesorio con el “desarrollo pleno de un espacio de libertad, seguridad y justicia” (algo que hace no muchos años nos hubiera costado incluso comprender) por la creciente movilidad de personas en el territorio de la Unión, el incremento de matrimonios y uniones de hecho entre personas de distintas nacionalidades, la frecuente adquisición de inmuebles en otros Estados de la Unión, y los numerosos (y cada vez más frecuentes) problemas surgidos de las sucesiones transfronterizas por la disparidad de normas sustantivas, procesales y de conflictos de Leyes. En el anexo al Libro Verde se maneja la cifra de unas 50.000 sucesiones transfronterizas por año. Todos los participantes en las respuestas al Libro Verde, así como el Consejo Económico y Social y la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo han declarado el acierto de la Comisión en acometer la armonización del Derecho sucesorio “con vistas al pleno funcionamiento del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”. El propio Gobierno alemán manifestó su disposición a no descartar la introducción de normas materiales, si ello es necesario para conseguir una unificación.

Se han puesto reparos por lo excesivamente ambicioso que parece todo esto, tanto por Gobiernos (Reino Unido, Irlanda) como por Colegios profesionales (Abogados austríacos, por ejemplo) y por numerosas opiniones doctrinales,

pero por el contrario también hay entusiasmos. Rodríguez Benot (universidad Pablo de Olavide, de Sevilla) escribe: “únicamente una regulación global de la sucesión mortis causa en la Unión Europea garantizará el éxito en la reglamentación de este problemático sector”²⁹. Aikaterini Kousula, de la Universidad alemana de Hannover, se pronuncia decididamente por la promulgación de normas materiales unificadas y rechaza el mecanismo del reconocimiento —en lo referente al certificado sucesorio y la administración y liquidación de herencias— por inútil para el fin pretendido, porque las diferencias sustantivas son tan grandes y tan desconocidas fuera del país propio que el reconocimiento por sí sólo no basta para la aplicación efectiva de algo que pueda calificarse como “certificado de herederos”, pues hay que acreditar muchas cosas más que no resultan del propio certificado.³⁰

Hemos constatado que hay un considerable sector doctrinal y político que entiende insuficiente una unificación del sistema de Derecho internacional privado y es partidario, en vista de las crecientes relaciones transfronterizas, de una unificación sustantiva, si bien sin prisas.

A nivel más “de calle” nos atrevemos a decir que una mayoría de juristas prácticos que tratan con sucesiones internacionales —que es verdad que no son muchos en números absolutos— en las Islas Baleares y en Barcelona no ven como algo malo el sacrificio de normas de Derecho propio sustantivo. La oposición a los cambios en el Derecho propio en aras de una unificación se da más en algunos ambientes universitarios.

De todas formas, a día de hoy la unificación de Derecho sucesorio no está ni siquiera planteada formalmente. La propuesta de Reglamento citada es modesta: suprime legalizaciones, facilita el reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos sucesorios, pretende instaurar un registro único de testamentos en toda la Unión, potencia la creación de administradores y liquidadores de herencias, determinando sus facultades y su libre actuación en cualquier Estado miembro y favorece la prueba de la condición de heredero con un certificado unificado.

En lo que se refiere a la materia propia de este trabajo, no aporta novedades, pues la determinación de quién sea heredero se realiza conforme al Derecho que rige la sucesión y las facultades de administradores y cargos similares no tienen en el proyecto regulación material que permita calificarlas de instituciones de confianza.

Pero hay algo importante a retener: se crea una figura jurídica nueva (unificada), igual en todos los Estados de la unión y que impone una misma

29 - Rodríguez Benot, op. cit., página 217.

30 - Kousula, op. cit., página 320.

eficacia: el certificado sucesorio europeo. Se ha rechazado la técnica del reconocimiento en los demás países del certificado emitido por un país determinado. Estimamos que esta solución es la más adecuada al fin pretendido. Esto no quita que el proyecto sea criticable por otros motivos; especialmente porque la eficacia del certificado sucesorio no es sólo la prueba de la condición de heredero sino que se convierte en título de adquisición de los bienes relictos a favor de los sucesores. Pero ahora no toca examinar esto sino constatar el abandono de la técnica del reconocimiento. Este rechazo se basa, por un lado, en que no hay igualdad entre los diferentes Derechos en cuanto a la prueba de la condición de heredero, pues las diferencias entre las Ordenaciones de cada país son muy diferentes y, por otro lado, en que incluso en el caso de documentos con valor parecido en el ámbito interno de sus respectivos países, su reconocimiento fuera del país de expedición es problemático, pues exige una certificación escrita por jurista competente, debidamente legalizada y en su caso traducida, relativa, por lo menos, a si ese documento es el que determina quiénes son los herederos según la Ley del Estado que lo expide y a la eficacia de ese documento en el país de origen; además, la eficacia del mismo en el extranjero está supeditada no sólo a la Ley del país donde se vaya a usar, sino (lo que es de gran importancia) al valor que le dé la práctica de los juristas, y profesionales en general, de este último Estado, que a veces es nula aunque todo sea formalmente correcto. Estos problemas se solucionan con una regulación sustantiva unificada. Son argumentos que se podrían trasladar a la regulación de otras figuras sucesorias cuando llegue el momento.

Si se ha comenzado con este certificado de herederos quizá se podría continuar en el futuro con una regulación de testamentos que se verá obligada a pronunciarse sobre el carácter personalísimo de éste y en su caso sobre las matizaciones a esta regla, con lo cual se entrará de lleno en la materia objeto de este trabajo.

Por ello hemos querido concluir este comentario con una referencia a la Unión Europea por lo que pueda ocurrir en el futuro, pues si una eventual unificación se plantea –y parece que ya hay un tímido comienzo, aunque no sabemos cómo evolucionará– hay que tomar postura en relación a dos cuestiones: cómo debe hacerse tal unificación, y cómo (o cuánto) debe afectar a las instituciones peculiares de cada Derecho propio.

Perspectivas de futuro.

Respecto de la primera cuestión, hay un punto de partida que nos parece importante.

Para plantearlo citaremos una opinión doctrinal, exagerada, pero expresiva.

El italiano Ugo Mattei, profesor de Derecho civil de Turín, escribió el año 2003, refiriéndose a la unificación del Derecho contractual: es inútil hacer exégesis del Derecho europeo y perder el tiempo en esfuerzos estériles de sistematizar el Derecho interno de cada país con las normas que llegan de Bruselas para conseguir realizar monumentos a nuestra vanidad de cultura jurídica. Hay que dar un salto cualitativo para comprender cuáles son las fuerzas económicas y políticas que están detrás.³¹

Se nos dirá que si se acepta la primera parte de esta opinión, resulta superfluo el estudio de Derecho histórico y comparado que acabamos de hacer.

Nosotros creemos que la comparación entre instituciones es un primer paso necesario, y con este trabajo lo hemos pretendido ratificar, aunque es cierto que no debe ser el último, ni por tanto lo decisivo. La comparación es “para algo” que tiene que exceder de una mera recapitulación. Es imprescindible para poder tomar decisiones conocer la situación existente en los distintos países, tanto de las normas como de su uso efectivo, pero las decisiones relativas a los principios fundamentales no pueden basarse sólo en esa comparación, ni aun en el caso de que se tome en cuenta la vigencia práctica de las instituciones reguladas, vigencia práctica que para quien suscribe es algo de lo que no se puede prescindir pero que algunos tratadistas prefieren ignorar. Sin embargo, la comparación –de normas y práctica– puede resultar de gran ayuda a la hora de configurar el cuerpo de la regulación. No se olvide que en la época de la codificación del siglo XIX se sentaron unos principios contrarios al Derecho histórico pero el contenido de la regulación de los Códigos fue en su mayor parte el mismo Derecho histórico. Y creemos que algo así volverá a pasar, pues el Derecho civil existente no es en general el resultado de actuaciones improvisadas ni tampoco soluciones para situaciones irrepetibles en el tiempo. El problema específico actual, respecto de la situación de cada país en el siglo XIX, es que no se trata del paso del Derecho de un antiguo régimen al de un nuevo régimen, sino de crear un Derecho que se superpondrá a una multitud de Derechos ya existentes, cada uno integrado en un Ordenamiento estatal que va a seguir subsistiendo.

Tampoco se pretende decir que las decisiones deban ser obra de juristas. La codificación europea tiene que salvaguardar el espacio de la política sin ocupar su puesto, ha dicho un partidario de la unificación como el italiano Mario Barcellona³². Pero los juristas no debemos dejar de opinar.

31 - Ugo Mattei, “Perché il Piano d’Azione privilegia i poteri forti. Critica della retorica soft”, artículo publicado en el libro de MELI, Marisa y MAUGERI, M^a Rosaria (coords.), *L’Armonizzazione del Diritto Privato Europeo*, citado en la bibliografía.

32 - Mario Barcellona, “Per un codice civile europeo”, artículo publicado en el libro de MELI, Marisa y MAUGERI, M^a Rosaria (coords.), *L’Armonizzazione del Diritto Privato Europeo*, citado en la bibliografía.

En cualquier caso, el debate jurídico sobre el Derecho privado europeo, previo a la toma de decisiones políticas, no puede reducirse a una exégesis de normativas, en uso o en desuso, con el fin de conseguir una regulación admisible para todos o para casi todos los juristas o políticos que participen, ya sea sintetizando o imponiendo algunas figuras o reglas sobre otras, sino que tiene que partir de una concepción del individuo, su posición en la sociedad y los fines que le son propios.

Esto remite en primer lugar a la autonomía de la voluntad. No parece arriesgado decir que la inmensa mayoría de juristas será de este parecer. Pero la defensa de la concepción de la persona como tal, con sentido común, que es la tarea del Derecho privado, lleva a veces a la necesidad de usar normas imperativas. Las medidas imperativas para proteger a la persona, dijo De Castro, son la expresión más directa del Derecho privado³³. Ello es evidente en el Derecho de obligaciones y contratos, pero en nuestra opinión, también en el de sucesiones.

La autonomía de la voluntad reclama la eliminación de formalismos inútiles y tiende a la eliminación de prohibiciones y limitaciones, pero las normas imperativas pueden resultar imprescindibles para garantizar el aseguramiento de libertad y pleno conocimiento de causa en la formación y expresión de las declaraciones de última voluntad –en especial, aunque no en exclusiva, para evitar captaciones y suplantaciones– y para asegurar que en la ejecución de las mismas (o integración, en su caso) no va a prevalecer, no sólo de Derecho sino tampoco de hecho, el interés de los ejecutores. Son aspectos inescindibles y el énfasis en uno o en otro variará en función de lo que sea necesario en cada momento para la mejor defensa del bien común. En todo caso, no puede establecerse un sistema basado en la buena fe y la tutela judicial, pues ello es insuficiente, al igual que lo es en el Derecho de obligaciones. Tampoco hay por qué proponer un catálogo de “principios de justicia”, sino prever los dispositivos con los que se asegure su efectividad en las relaciones entre particulares.

La concreción de la defensa del individuo antes expuesta en las materias objeto de este trabajo llevan, a nuestro entender, a mantener la regla general de que las declaraciones de última voluntad tienen que ser de carácter personalísimo, y recoger como excepciones las posibilidades de actuación de persona distinta del causante. No creemos andar descaminados si mantenemos que hay en esto un consenso amplísimo, tanto en España como en el resto de la Unión Europea. Pero añadimos que esas excepciones deben configurarse de tal manera que se impida efectivamente su uso para fines propios de los fiduciarios y ejecutores. El consenso sobre esto creemos que también existe

33 - De Castro, op. cit., página 121.

en España, pero no es tan amplio como respecto de la afirmación anterior. Pero lo reiteramos: no se debe, por tanto, en nuestra opinión, seguir acríticamente la postura de ampliar todo lo posible las facultades delegables por el causante en un tercero, por mucho que se alegue que la delegación proviene de la voluntad del testador; por otro lado, ésa sería una técnica que sigue el esquema de la exégesis apegada a las normas vigentes, antes criticada (aunque sea una exégesis para liberalizarlas).

Esto nos lleva a la segunda cuestión, relativa a la subsistencia de instituciones peculiares de los Derechos propios, que vamos a intentar responder desde la perspectiva que se acaba de reseñar.

En esta materia estamos hoy en los países de la Unión Europea en una situación que se va acercando, si es que no ha llegado ya, a la que se planteaba en España en el siglo XIX acerca del Código Civil único y la subsistencia de los Derecho forales.

Por lo antes dicho, creemos que no se trata de reconducir las figuras existentes en todos los Derechos a uno o varios modelos aceptables para todos; una tarea, por cierto, de éxito muy dudoso. Entre paréntesis añadiremos que hay que tener en cuenta, con realismo, a la vista de los Derechos de países europeos que antes hemos examinado, que la política de la Unión Europea probablemente tenderá a ser restrictiva en cuanto a las instituciones fiduciarias en general.

Pero por otro lado estamos convencidos que las distintas posibilidades de actuación que vienen del Derecho histórico, muchas de las cuales han sido recogidas por distintos Ordenamientos españoles actuales, abarcan todos los supuestos posibles de actuaciones fiduciarias (usamos aquí esta palabra en el sentido más amplio posible) y proporcionan además una buena “cantera” de materiales jurídicos (si se nos permite esta expresión) para crear hoy una regulación legal satisfactoria regida por los principios que se han dado por sentados en el apartado anterior, por lo que no tendría sentido “empezar de cero”.

No se puede hacer tabla rasa del Derecho histórico. Al revés, creemos que el estudio del Derecho histórico y comparado sirve también para descubrir que gran parte de los rasgos de las instituciones, modeladas por los distintos Derechos nacionales desde que éstos suplantaron al *Ius Commune*, son de importancia relativa, y por ello prescindibles o modificables; por ejemplo, la vinculación entre la delegación de confianza y la condición de heredero o legatario, o el ámbito subjetivo de las personas a quienes se puede otorgar la confianza o incluso la extensión de facultades que se pueden conceder. También sirve, y esto es también importante, para descubrir un pasado mucho más común del que resulta de una mera comparación ahistórica de

los Derechos actuales. Las páginas anteriores de este trabajo han pretendido ser una demostración de esta postura.

Por eso nos referimos, para finalizar, a las cuatro figuras que principalmente han sido objeto de atención en este trabajo, que vienen del Derecho histórico, que son hoy Derecho vigente en varios Ordenamientos, pero a las que pasamos por el tamiz de los principios antes enunciados (que no son, como esperamos haya quedado claramente entendido, puramente racionalistas). Si en lo esencial están en sintonía con ellos, las variaciones en la regulación de los detalles podrán ser asumidas sin problemas.

Los fideicomisos suscitan hoy menos rechazo que en el siglo XIX, por lo que una regulación europea que los admitiera no supondría ninguna novedad para ninguno de los Derechos españoles. Esta institución cuenta a su favor con un fin legítimo que tenía ya en el Derecho histórico: ser el cauce jurídico para que un tercero adquiriera con la intermediación de otra persona, que también goza de una titularidad, con derechos y deberes propios. No creemos que, de admitirse, se hiciera en mayor extensión que la admitida por los Derechos españoles, dado el disfavor de los vigentes Derechos de países de nuestro entorno hacia esta figura. No toca entrar en los límites que debieran tener las sustituciones fideicomisarias. La cuestión que nos interesa es si cabe permitir o no delegar en el fiduciario la elección de fideicomisarios. Como hemos visto, esto ha sido admitido en el Derecho histórico, por lo que su admisión, aunque hoy por hoy chocaría con el art. 670 CC, que rige en esta materia en toda España excepto Cataluña y Navarra, no debiera considerarse algo inaceptable si es dentro de los límites subjetivos fijados por el fideicomitente y con un fin legítimo (como pueden ser cualesquiera de los fines que ahora reseñaremos para la fiducia sucesoria), expreso o deducible del título sucesorio. No se atenta con esto, creemos, a nada esencial de la institución.

La figura del albacea es indiscutida en todos los países de nuestro entorno, aunque su uso no sea corriente y sólo se recomienda en casos especiales, pero que siguen siendo completamente legítimos. La configuración del estatuto jurídico del albacea, en lo esencial, tampoco se discute: es un cargo de ejecución de las últimas voluntades; su poder decisorio tiene que ceñirse a este tipo de tareas. Quizá el límite de este poder decisorio estará en integrar la voluntad del testador en casos en que por la propia naturaleza de las cosas el causante no pueda hacerlo por sí mismo, como es el caso de concretar las personas beneficiarias cuando se dejen bienes a clases determinadas; en lo que exceda de eso, se hace tránsito a otra figura, aunque sea para decidir la persona del sucesor aplicando criterios fijados por el causante, salvo que sean tan objetivos que no dejen margen de decisión (por ejemplo: instituyo heredero a mis hijos que obtengan el título de

Licenciado en Derecho, y si es más de uno, por partes iguales). Para respetar la tipología de cada figura, entendemos que si hay margen de decisión (por ejemplo, instituye heredero a la persona que me cuide en mi última enfermedad) ya no estaríamos ante un albacea, sino ante un fiduciario. No consideramos albacea al trustee del Derecho inglés, que es una figura fiduciaria peculiar.

Por lo demás, la regulación de otros aspectos que no influyen en la configuración tipológica es poco relevante, y pueden admitirse, a nuestro parecer, cambios en la regulación vigente del CC sin mayores problemas, siempre que la normativa respete la voluntad expresada por el causante. Por ejemplo, el ejercicio del cargo no tiene por qué ser personalísimo (contra lo que hoy disponen el art. 909 CC y el 429.1 del CC catalán); las reglas de funcionamiento, si hay varios, no tienen por qué ser mancomunadas (contra lo que hoy disponen los arts 895 y 897 CC y el 429.2 del CC catalán, a diferencia de la ley 296 de la Compilación navarra); al albacea pueden atribuírsele por Ley las funciones de contador-partidor (algo que no aparece en el 902 ni en el 429.12 del CC catalán ni en la Compilación navarra); puede tener derecho a una retribución (como establece el 429.5 del CC catalán; a diferencia de lo que establece el 908 CC), aunque parece más lógico que sea gratuito si el testador no ha expresado lo contrario (sin perjuicio del derecho a reembolsarse lo gastos y perjuicios).

Respecto del plazo de duración del cargo, matizamos un poco la postura mantenida en el párrafo anterior. Hemos visto que la duración ha sido siempre muy breve, con la finalidad (laudable, tanto ayer como hoy) de que las últimas voluntades queden íntegramente cumplidas cuanto antes. El plazo de un año, prorrogable por algún otro período corto, es no sólo conforme con el Derecho histórico, sino razonable. Es lo que mantiene el CC y la Compilación navarra. Sería admisible que fuera un poco más largo, pero creemos que si se permiten plazos de 30 años como en el Derecho alemán y como permite el actual 429.13 del CC catalán (que introdujo esta novedad en la reforma de 2008) los perfiles tipológicos se desfiguran y comienza a hacerse tránsito a un cargo fiduciario, que para mayor claridad convendría regular por separado. En el Derecho alemán se admiten plazos largos porque no se regulan figuras fiduciarias. No sería grave ni imposible de aceptar, a nuestro parecer, que en el Derecho alemán se admitiera una regulación separada de fiducia sucesoria y se redujera el plazo fijado legalmente al ejecutor testamentario. Tampoco debiera confundirse la figura del albacea con la de un administrador del patrimonio que no tiene como fin ejecutar las últimas voluntades, sino mantener una administración en el tiempo, por algún interés legítimo (que los herederos alcancen cierta edad o cierta formación, que haya incapacitados, etc.).

La herencia de confianza sigue suscitando hoy muchos recelos tanto en España como en el extranjero, si bien se alega que la prohibición de estas figuras en los Derechos en que se admiten (Cataluña y Navarra) llevaría al uso de la fiducia plena, lo cual es más peligroso para el causante. Creemos que esta alegación es exagerada, por el desuso de la institución y porque la fiducia plena, en los casos que puede intuirse que existe, es a favor del cónyuge (en normalidad matrimonial), con lo cual el peligro de abuso es pequeño. También hemos visto que esta figura era utilizada en los Derechos históricos españoles, en especial el castellano. Arespacochaga dijo que se rechazó más por desconfianza que por contradicción con principios del propio Ordenamiento³⁴. También nos parece exagerada esta afirmación, pues no puede negarse que hay contradicción con la regla del carácter personalísimo del testamento, que es una pieza de gran importancia en el sistema sucesorio del CC.

Esta figura puede ser un cauce para mantener un patrimonio con un titular “formal” y unos beneficiarios últimos, sin que el titular formal tenga que hacer la designación de éstos hasta transcurrido un cierto tiempo. Así se podría llegar a una unificación entre Derechos continentales y anglosajones. Pero creemos que esto se puede conseguir también con la figura, menos peligrosa y de entrada más aceptable para todo el mundo, que hemos llamado “fiducia sucesoria”, si al fiduciario se le atribuye también la administración (lo cual es algo corriente). Lo que hay en la herencia de confianza que no se da en la fiducia es que la regulación de la actuación del fiduciario, incluida la identificación de los beneficiarios últimos, queda fuera del título sucesorio. Pero creemos que este “secreto” no hace mucha falta; en la gran mayoría de casos, el interés del causante también se cubre haciendo constar en el título sucesorio los límites de actuación del fiduciario y mayor o menor número de instrucciones. En la práctica que conocemos del Derecho inglés, es usual que en el testamento consten instrucciones al executor sobre su forma de actuar y plazos, y siempre hemos visto designadas las clases de beneficiarios últimos. Por eso, creo que no hace falta acudir a la herencia de confianza para aceptar en los Ordenamientos continentales algo análogo al trust anglosajón. Bastan las figuras sucesorias “no secretas”, aunque así no se equipararía la situación con los Derechos anglosajones porque en éstos siguen admitiéndose las instrucciones reservadas. En todo caso, y siendo realistas, la posibilidad de que una regulación europea admita la herencia de confianza nos parece remota, salvo que la balanza se incline decididamente del lado anglosajón. Y dado que la mayor parte de sus finalidades se pueden conseguir con la fiducia sucesoria, no nos declaramos

34 - Arespacochaga, op. cit., página 126.

partidarios de su regulación. Entendemos que una eventual eliminación de esta figura en los Derechos catalán y navarro no sería un sacrificio grande, máxime si tenemos en cuenta su desuso; quizá el sacrificio sería mayor en el caso de la fiducia continuada y la fiducia a favor de persona jurídica admitidas en Navarra, pero tales instituciones pueden subsistir en buena medida como fiducias no secretas.

Sobre las figuras que hemos calificado como “fiducia sucesoria” hay un amplio debate, a diferencia de lo que ocurre con las demás instituciones comentadas.

Se ha discutido, en primer lugar, sobre la conveniencia o no de admitirlas.

En su contra se ha dicho que no cabe dividir la voluntad o que la representación en la muerte no es posible. Se trata de argumentos bastante teóricos. También se ha dicho, con más acierto, que no parece bueno que la última voluntad sea expresada por alguien distinto del causante. El principal argumento es la posibilidad que se usen las facultades concedidas de una forma que no sea la querida por el testador.

A favor de la fiducia sucesoria se han dado muchos argumentos:

El ambiente familiar, si bien no hace imposibles los abusos, sí facilita que en la práctica casi siempre se consigan las finalidades pretendidas. Roca Sastre dijo que en Castilla una razón frecuente de los abusos era la actuación de técnicos, en quienes el testador, por la complejidad del Derecho, delegaba la ordenación de la sucesión.

Verger Garau, en su comentario a los arts. 18-23 de la Compilación (en los “Comentarios” de Albaladejo) escribió el año 2000 que algunas de las finalidades actuales pueden ser: cónyuges que no tienen hijos y se instituyen herederos distribuidores recíprocamente para que el sobreviviente instituya heredero posteriormente a uno o unos parientes entre un grupo determinado; por ejemplo, el que conviva con él, o el que mejor le ayude en sus necesidades (fiducia que puede ser, por tanto, también para la protección del propio fiduciario). Testador que prevé su muerte prematura y tiene hijos muy jóvenes, que encarga a su cónyuge que elija heredero cuando con el transcurso de los años hayan manifestado sus aptitudes o resulten patentes sus necesidades o su diversa fortuna, o sea más evidente quién es el más apto para hacerse cargo de la casa o del negocio o patrimonio familiar (aunque en Baleares la institución de heredero único para conservar la casa no ha sido una institución realmente sentida); hoy podría no ser un patrimonio agrícola, sino también industrial, comercial, profesional, etc. Y añadió: “Hoy esto es más sentido, pues los patrimonios o negocios tienen que tener un nivel de producción adecuado para poder mantener una familia y

por otro lado hoy es fácil colocar a los demás hijos en la industria y servicios, en especial el turismo”.

Nuestro compañero Notario de Palma José Antonio Carbonell Crespí³⁵ también ha explicado que tiempo atrás era utilizada en testamentos entre cónyuges, independientemente de que tuvieran hijos o no, para premiar al hijo o pariente que mejor honrase o cuidase al sobreviviente, el cual dada su posición de fuerza podía exigirle el correspondiente respeto (así se dijo en el proyecto de Apéndice balear de 1903).

Puig Ferriol³⁶ justificó la fiducia del cónyuge en Cataluña diciendo que también sirve para potenciar la posición jurídica del cónyuge sobreviviente, especialmente en los casos de no tener éste un patrimonio propio.

También puede servir para dar un destino unitario al patrimonio de ambos cónyuges. Y facilita la disposición de bienes, aunque sin perjuicio de las legítimas; en frase conocida: es la culminación de la regla “todo lo del uno para el otro”.

Merino Hernández ha dado, además, argumentos distintos de los tradicionales teniendo presente la actual situación social: hoy los hijos tardan en tener independencia económica, por lo que aunque hereden tarde, el causante puede no conocer bien las necesidades de cada uno; hoy los hijos tardan en casarse, por lo que quizá el hecho de que haya o no nietos se hubiera tenido en cuenta por el causante, o el hecho de haber o no una crisis matrimonial del hijo.³⁷

Algunos de estos argumentos se pueden a su vez criticar: dar más poderes al cónyuge sobreviviente era una justificación que se daba en Francia en el Antiguo Régimen. La codificación reaccionó precisamente contra esto para terminar con un arma de poder excesivo del progenitor respecto a los hijos. También tenemos en cuenta que hoy por hoy la confianza no es un valor al alza, sino que más bien prima utilizar en provecho propio cualquier situación de poder que se presente; hemos constatado en nuestra práctica notarial que resulta difícil a cualquier testador poner su confianza en alguien para que ordene aspectos de su herencia (en realidad, incluso para nombrar un albacea), incluso, con el cuasi-vaciamiento legal del matrimonio, en el cónyuge.

Pero, en general, haciendo balance de los argumentos a favor y en contra, creemos que la admisión de figuras fiduciarias es conveniente, pues

35 - Carbonell Crespí, op. cit., página 138.

36 - Puig Ferriol, op. cit., página 248.

37 - Merino Hernández, op. cit., páginas 98 a 102.

puede servir a intereses legítimos, como los antes dichos, que no pueden ser cubiertos por otras figuras, ya sean las estudiadas en este trabajo (fideicomisos, albaceas) u otras que suministra el Derecho: usufructo universal con facultad de disponer (pues no incluirá la facultad de disponer a título gratuito), usufructo sin nuda propiedad simultánea, donaciones con cláusula fideicomisaria, etc.

Lo que se debe discutir son los límites de su admisibilidad. Permitir la confianza en un tercero nos parece algo bueno, si se mantiene dentro de límites que aseguren el cumplimiento de la voluntad del causante. Si excede este límite, es una figura peligrosa, pues dar poderes implica un riesgo probable de que se utilicen en beneficio de quien usa el poder; quizá el auge del individualismo es una de las principales razones por las que se ha dejado de usar y, desde luego, es una razón por la que los Notarios no lo recomendamos, en especial si se pretende dar facultades a personas de fuera de la familia.

Para dar alguna propuesta de futuro, con vistas a la Unión Europea, aunque ello pueda aplicarse también para los Derechos españoles hoy vigentes, diremos que nos inclinamos por mantener la fiducia a favor del cónyuge y para ser usada a favor de hijos o descendientes, con amplia extensión objetiva. Quizá también a favor del otro progenitor (no cónyuge) para ser usada entre descendientes comunes. No nos parece esencial que se tenga que vincular a la condición de heredero o legatario, aunque será lo que usualmente se querrá; pero esto debe quedar a voluntad del causante.

Esta fiducia no resulta tan contraria a Derechos que no admiten hoy por hoy la fiducia sucesoria pero sí admiten la institución de heredero a favor del cónyuge, aunque sea sin perjuicio de legítimas materiales individuales, como los Derechos alemán o francés. La institución de heredero al cónyuge acompañada de una sustitución vulgar a favor de los descendientes no deja de ser un caso de fiducia, más extensa incluso que la que proponemos, pues se da más confianza sin protección jurídica, ya que el hecho de que los hijos lleguen a ser herederos queda en manos del cónyuge sobreviviente. Es una forma más sencilla y a la vez más arriesgada. Seguramente la regulación de una fiducia sucesoria podría servir para dar un cauce más seguro a ese interés legítimo.

La concesión de facultades a personas distintas, físicas o jurídicas, debería exigir que el testador determinara con precisión en el título sucesorio los límites subjetivos y objetivos, pues en otro caso la captación de voluntad podría producirse fácilmente, no sólo por familiares o personas dependientes del causante, sino también por técnicos que participaran en el asesoramiento, o por Bancos u otro tipo de entidades. En todo caso, dado el

escaso uso de esta figura, salvo en el Reino Unido y en Irlanda (que podrían optar por su no aplicación) no sería excesivamente grave que una regulación europea unificada no la admitiera.

Una vez hechas estas precisiones tipológicas, la regulación de otros aspectos nos parece de menor relevancia. En todo caso, debiera ser meramente supletoria de las instrucciones dadas por el causante y creemos que esto es opinión jurídica común.

Por tanto, una regulación unificada de los siguientes aspectos creemos que no atentaría contra la esencia de ninguna de las fiducias sucesorias reguladas por los Derechos civiles españoles y podría resultar aceptable:

La forma de actuación, si hay varios (mancomunada, solidaria, etc). Y si tal actuación tiene que ser personalísima o cabe la delegación a un mero nuntius.

Si el nombramiento tiene o no que hacerse en documento notarial (en principio es lo recomendable para evitar decisiones poco meditadas y disminuir la posibilidad de captación). Y en qué tipo de documento debe hacerse: testamento, capitulaciones, escritura ad hoc, contrato sucesorio, etc. En principio, todos podrían ser legalmente admisibles.

El plazo de duración del cargo. En general tiene sentido permitir plazos largos, pero adecuados a la situación sucesoria concreta (adecuación que un Juez podría revisar).

La forma de uso de las facultades: si en una o varias veces; si intervivos o mortis causa o sólo intervivos; si revocable o irrevocable; si el fiduciario puede o no utilizar su propio testamento.

Si el fiduciario tiene que tener la administración de los bienes. Si pueden atribuírsele poderes dispositivos Si tiene que hacer inventario o prestar fianza.

Si la fiducia concedida debe quedar sin efecto por nuevo matrimonio o por crisis matrimoniales.

Las consecuencias del no uso de la fiducia, especialmente la determinación de quiénes serían los herederos en tal caso.

Concluimos.

El carácter estrictamente personal del otorgamiento de actos de última voluntad tiene que ser el punto de partida de cualquier futura regulación. No podemos defender otro principio general que éste. Las instituciones fiduciarias deben contemplarse como una ampliación de las posibilidades

del testador, que éste delega en otros por pura imposibilidad de ejercerlas él mismo, pero para que se utilicen en su interés. Por ello, su admisión tiene que ser en la medida que la Ley lo reconozca. La regla de D. 28, 5,32 que citábamos al principio de este trabajo puede servir también para concluirlo.

BIBLIOGRAFIA.

ARESPACOCCHAGA, Joaquín, El trust, la fiducia y figuras afines, Marcial Pons, 2000.

ASSO Y MANUEL, Instituciones del Derecho Civil de Castilla, edición facsimilar editada por Lex Nova de la obra de dichos autores, edición 5ª de 1792.

CAMARA LAPUENTE, Sergio, Comentarios al Fuero Nuevo de Navarra, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por el prof. Albaladejo, tomo XXXVII, Edersa, 2000.

CAMARA LAPUENTE, Sergio, La fiducia, en “Presente y futuro del Derecho foral”, Eunsa, 1999.

CARBONELL CRESPI, José Antonio, El distribuidor balear, en “Seminarios del Colegio Notarial de las Islas Baleares 2011-2012” (coord. Carlos Jiménez Gallego) editado por el Colegio Notarial, 2012.

CERDA GIMENO, José, Costumbres jurídicas en las Pithiusas, Dykinson, 2011.

D'ORS, Alvaro, Derecho Privado Romano, Eunsa 1997.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil de España, Civitas, 1984.

FONT SEGURA, Albert, Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial, en “Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa (Ramon Viñas y Georgina Garriga, coords.)”, Marcial Pons, 2009.

GARRIDO MELERO, Martín, Los fideicomisos, en la obra colectiva Instituciones de Derecho Privado, coordinada por Juan Francisco Delgado de Miguel, Thomson-Civitas, 2004 (tomo V, volumen I).

GONZALEZ CAMPOS, Julio, Las relaciones entre Forma y Jus en Derecho Internacional Privado, ADI 1977-78.

GUTIERREZ FERNANDEZ, Benito, Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, edición facsimilar de la versión original de 1869, Lex Nova, 1988.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, Derecho de sucesiones, Bosch, 1971.

LATORRE, Emilio, Comentario a los arts. 1 a 148 de la Compilación aragonesa, en “Comentarios” de Albaladejo, tomo XXXIV, volumen I, Edersa, 2002.

MERINO HERNANDEZ, José Luis, La fiducia sucesoria en Aragón, Colección El Justicia de Aragón, 1994.

MOSTAZA RODRIGUEZ, Antonio (y otros), Nuevo Derecho Canónico, B.A.C., 1983.

PUIG FERRIOL, Lluís, Institucions del Dret Civil de Catalunya, Tirant lo Blanch, 1998.

RIVAS MARTINEZ, Juan José, Derecho de sucesiones común y foral, Dykinson 2004.

ROCA SASTRE, Derecho hipotecario, Bosch, 1979.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNA XIRGU, Joan, Derecho hipotecario, Bosch, 2008.

RODRIGUEZ BENOT, Andrés, La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero, en “Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa (Ramon Viñas y Georgina Garriga, coords.), Marcial Pons, 2009.

SECO CARO, Partición y mejora encomendada al cónyuge viudo, Barcelona, 1960 (citado por Rivas Martínez en su obra “Derecho de sucesiones común y foral”).

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, Panorama del Derecho de sucesiones, Civitas, 1982.

VERGER GARAU, Juan, Comentarios a los artículos 18 a 23 de la Compilación de Derecho civil de Baleares, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por el prof. Albaladejo, tomo XXXI, Edersa, 2000.

Autores extranjeros:

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, Instituciones de Derecho romano, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

BRAMBRING, Günter, y JERSCHKE, Hans-Ulrich, Beck'sches Noar-Handbuch, Verlag C.H. Beck, 1996.

BROX, Hans, Erbrecht, Carl Heymanns Verlag, 1998.

COING, Helmut, Derecho privado Europeo, Fundación cultural del

Notariado, 1996 (año de publicación del original alemán de la obra: 1989).

D'ARMA, Stefano, Diritto Privato, Edizioni romane, 1998.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio, Código Civil alemán comentado, Marcial Pons 1998.

GRIMALDI, M., Droit patrimonial de la famille, Dalloz, 2008-2009.

KOUSULA, Aikaterini, Europäischer Erbschein, Nomos, Hannover, 2008.

LEROYER, Anne-Marie, Droit de successions, Dalloz, 2011.

MELI, Marisa y MAUGERI, M^a Rosaria (coords.), L'Armonizzazione del Diritto Privato Europeo, Università di Catania, Giuffrè Editore, 2004.

REID, DE WAAL, ZIMMERMANN, Testamentary Formalities, Oxford University Press, 2011.

La información sobre el Derecho de Austria, Bélgica, Luxemburgo y Dinamarca se ha obtenido de los Rapports realizados para la organización europea del Notariado (CNUE).

Normas legales utilizadas de Derecho histórico y extranjero:

- Cuerpo del Derecho civil romano, versión latina-española publicada como edición facsimilar por Lex Nova en 1988 de una versión de 1889 a cargo de Ildefonso García del Corral de la obra de Kriegel-Hermann-Osenbrüggen.

- Ediciones facsimilares realizadas por Lex Nova de los siguientes cuerpos legales: Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla (1982, de una edición de 1640), Leyes de Toro (1981, de una edición de 1885 que recoge un comentario de Antonio Gómez), Ordenamiento de Alcalá (1983, de una edición de 1774 de Asso y Manuel), Fuero Real (1990, de una edición de la Real Academia de la Historia de 1836).

- Partidas, edición facsimilar realizada en 1988 por Lex Nova de la 1^a edición de las Partidas por Alonso Díaz de Montalvo en 1491 (Biblioteca capitular de la catedral de Segovia).

- El Código de Derecho Canónico de 1917 utilizado es la edición bilingüe de Miguélez-Alonso-Cabreros publicada en España por la B.A.C. en 1947.

- Bürgerliches Gesetzbuch, comentado por Berger, Jauernig y otros, Verlag C.H. Beck, 1999 (Alemania).

- Bürgerliches Gesetzbuch, comentado por Bassenge, Brudermüller y otros (Palandt), Verlag C.H. Beck, 2012 (Alemania).

- Codice Civile, edición comentada a cargo de Roberto Garofoli y M^a Cristina Iezzi, Neldiritto editore, 2012 (Italia).

- Code Civil, 111^a edición, comentada por François Jacob y otros, Dalloz, 2012 (Francia).